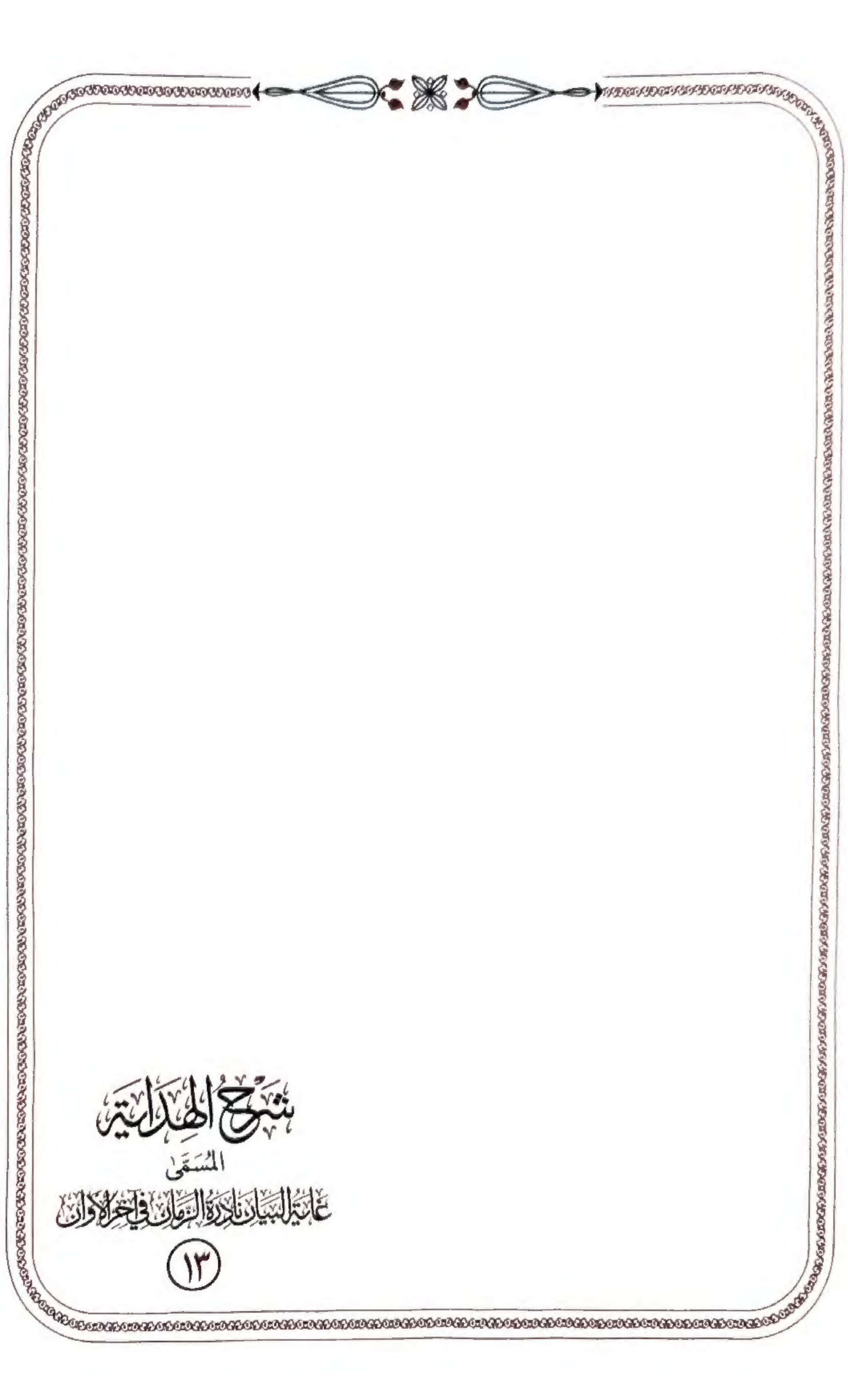


شرح الهداية

المسمى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

(١٣)

دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت - حولي - شارع الحسن البصري
ص.ب: ١٣٤٦ حولي
الرمز البريدي: ٣٢٠١٤
تلفاكس: ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠
نقال: ٠٠٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١
Dar_aldheyaa2@yahoo.com
Abdou20201@hotmail.com
www.daraldeyaa.net



عام
لإحياء التراث والخدمات الرقمية

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م

بلد الطباعة: بيروت - لبنان
التجليد الفني: شركة فؤاد البعينو للتجليد ش.م.م
بيروت - لبنان

علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية
جمهورية مصر العربية - القاهرة
التجمع الخامس- الحي الثالث- ڤيلا 152
الهاتف: 00201127999511
intertuctional library of manuscripts(ILM)
1155726

رقم الإيداع المحلي: 2017/23123
رقم الإيداع الدولي: 3-5- 85365 -977-978
info@ilmarabia.com

الموزعون المعتمدون

دولة الكويت
دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي — تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ — نقال: ٥٠٤٠٩٩٢١

جمهورية مصر العربيَّة
دار الأصالة للنشر والتوزيع - المنصورة — محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٣٩٤٨ — محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣٢

المملكة العربية السعودية
مكتبة الرشد - الرياض — هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ - ٢٠٥١٥٠٠
دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض — هاتف: ٤٩٢٥١٩٢ — فاكس: ٤٩٣٧١٣٠
دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة — هاتف: ٦٣١١٧١٠
مكتبة المتنبي - الدمام — هاتف: ٨٣٤٤٩٤٦ — فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤

برمنكهام - بريطانيا
مكتبة سفينة النجاة — هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤ — هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥

المملكة المغربية
دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء — هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٢٧٤٨١٧

الجمهورية التركية
مكتبة الإرشاد - إسطنبول — هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٣٤ — فاكس: ٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠

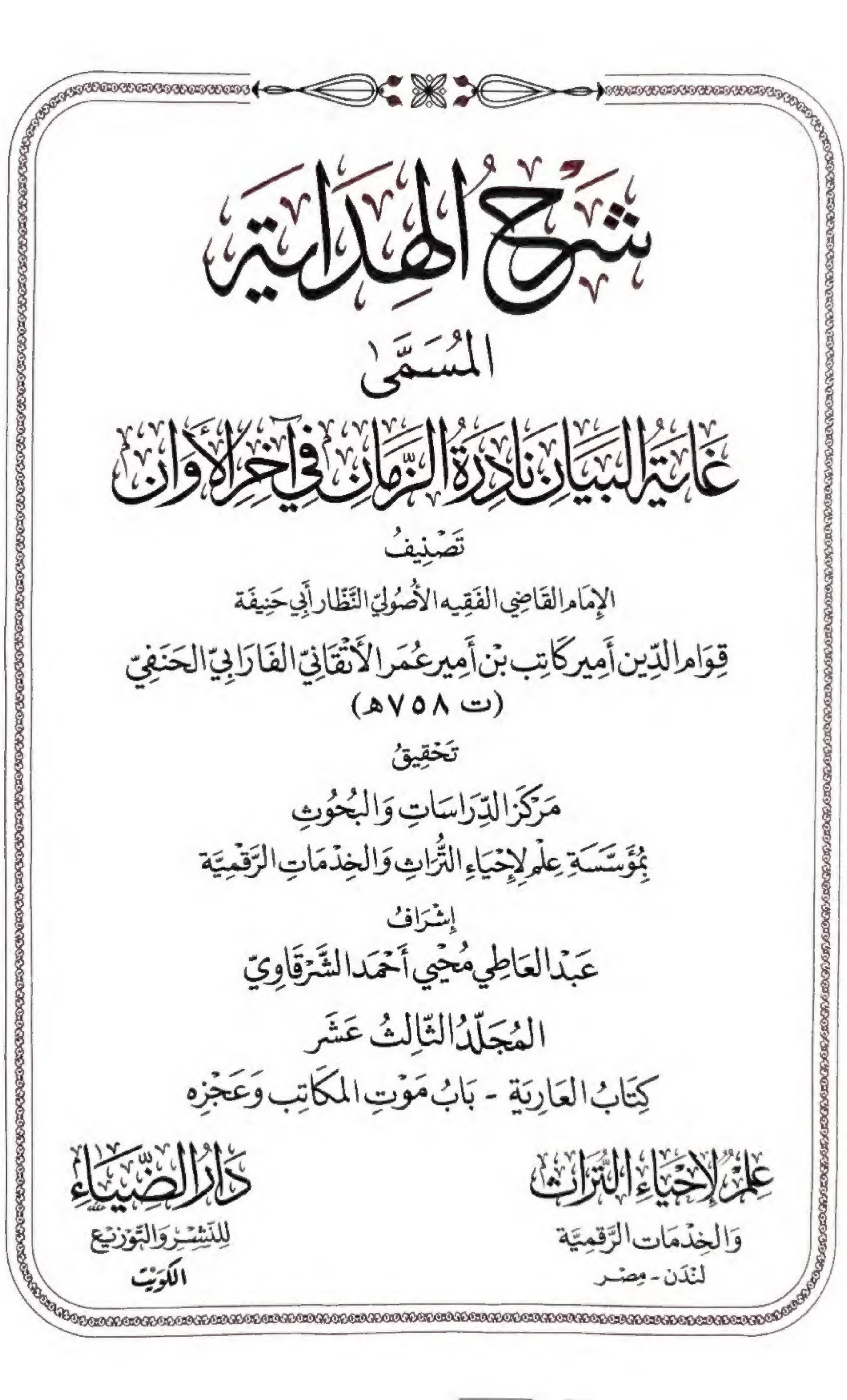
جمهورية داغستان
مكتبة ضياء الإسلام — هاتف: ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١١ - ٠٠٧٩٨٨٧٧٣٠٣٠٦
مكتبة الشام - خاسافيورت — هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥ - ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١٤٧٤

الجمهورية العربية السوريَّة
دار الفجر - دمشق - حلبوني — هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ — فاكس: ٢٤٥٣١٩٣

الجمهورية السودانية
مكتبة الروضة الندية - الخرطوم - شارع المطار — هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٣٥٧٩

المملكة الأردنية الهاشميَة
دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان — هاتف: ٠٦٤٦٥٣٣٩٠ - ٠٧٨٨٣٩١٣٣٢

دولة ليبيا
مكتبة الوحدة - طرابلس
شارع عمرو ابن العاص — هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ - ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨



شرح الهداية

المسمى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٧٥٨هـ)

تحقيق

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد الثالث عشر

كتاب العارية - باب موت المكاتب وعجزه

علم لإحياء التراث

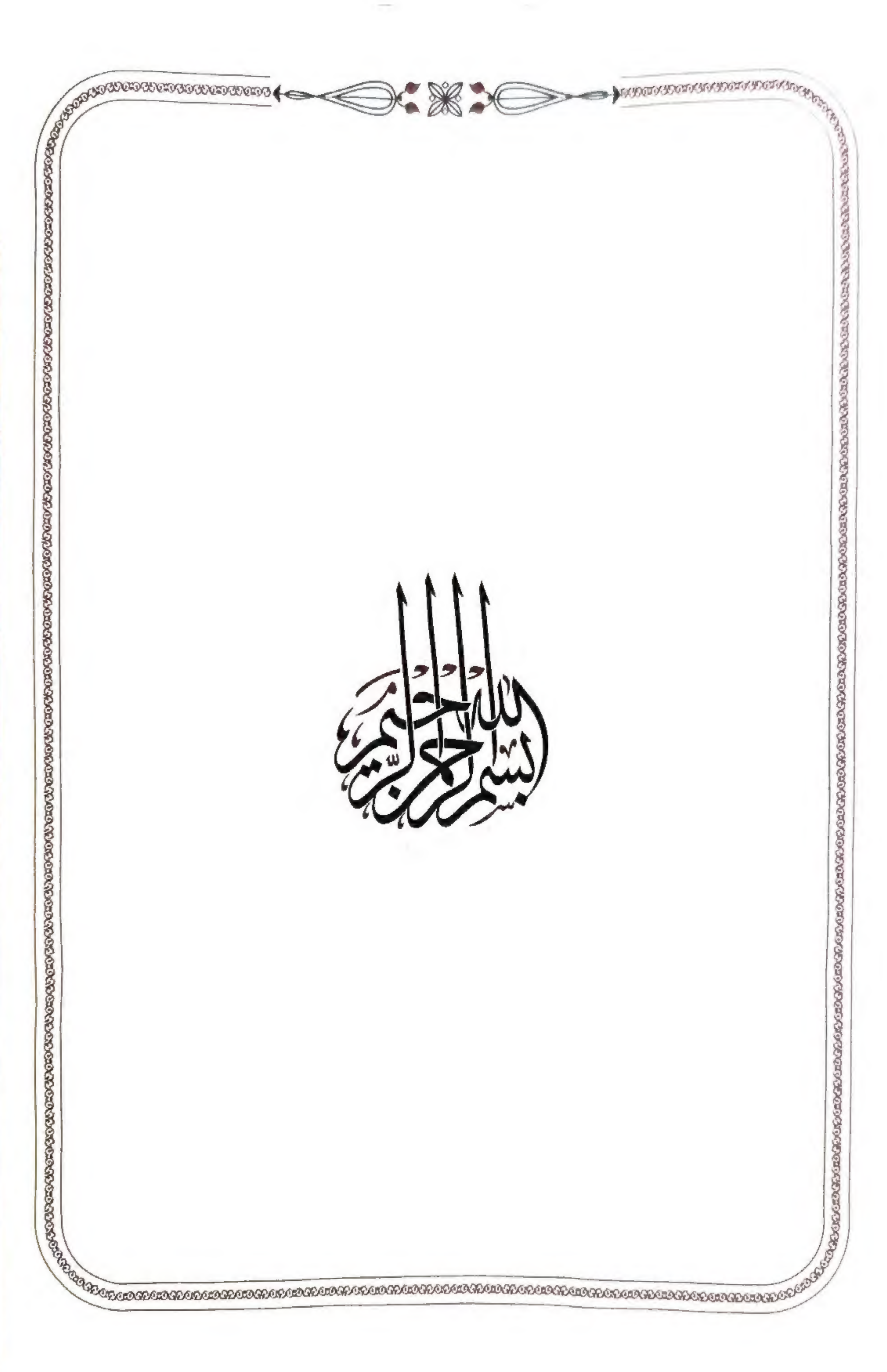
والخدمات الرقمية

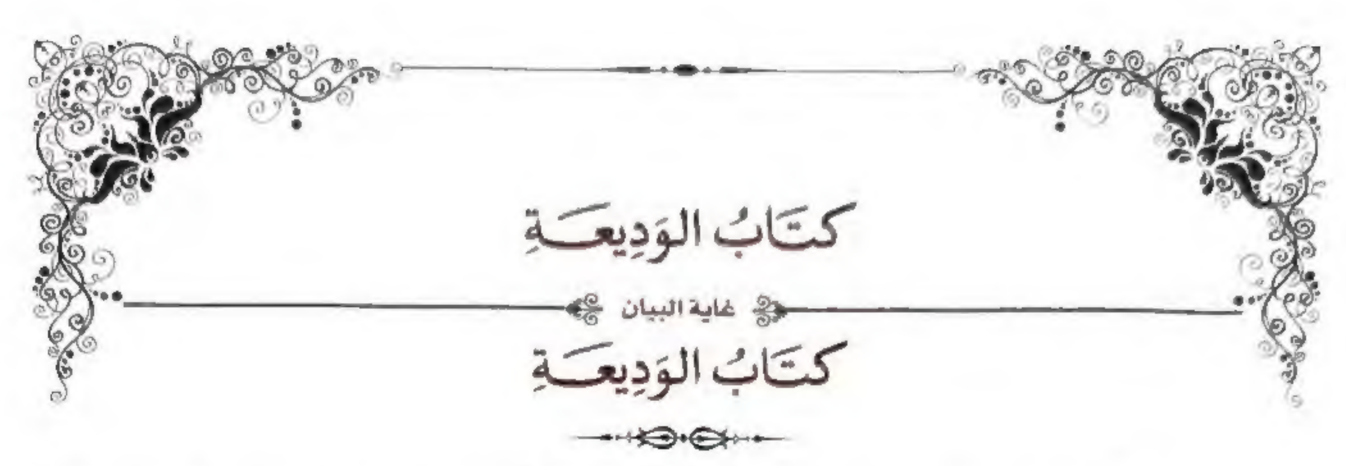
لندن - مصر

دار الضياء

للنشر والتوزيع

الكويت


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب الوديعة

غاية البيان

كتاب الوديعة

مناسبةُ هذا الكتابِ بما تقدَّم مرَّتْ في أوَّلِ الإقرارِ، ثم ذكَر بعدَه العَارِيَّةَ والهِبَةَ والْإِجَارَةَ للتناسبِ بالترقِّي مِن الأدنىٰ إلىٰ الأعلَىٰ؛ لأن الوَدِيعَةَ أمانةٌ بلا تمليكِ شيءٍ.

وفي **العَارِيَّةِ**: العينُ أمانةٌ مع تمليكِ المنفعةِ، لكن بلا عِوَضٍ.

وفي **الهِبَةِ**: تمليكُ عينٍ بلا عِوَضٍ، وهي الهِبَةُ المحضةُ التي ليس فيها معنىٰ البَيْعِ.

وفي **الْإِجَارَةِ**: تمليكُ منفعةٍ بعِوَضٍ، وفيه معنىٰ اللزومِ، وما كان لازمًا أقوىٰ وأعلىٰ مما كان ليس بلازمٍ، فكان في الكلِّ الترقِّي من الأدنىٰ إلىٰ الأعلىٰ.

فأوَّلُ القَطْرِ غَيْثٌ ثم يَنْسَكِبُ(١)

ثم اعلم: أن عقدَ الوَدِيعَةِ مشروعٌ مندوبٌ إليه، والدليلُ علىٰ ذلك: قولُه تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]. وهو تعاونٌ علىٰ البرِّ؛ لأن فيه إعانةً لصاحبِها بحِفْظِ مالِه، وقد رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال: «**مَنْ ائْتُمِنَ أَمَانَةً فَلْيُؤَدِّهَا**»(٢).. ولا خلافَ بينَ الأُمَّةِ في ذلك.

---

(١) هذه مقولة سائرة، وقد ضمَّنها جماعةٌ مِن الشعراء أشعارَهم. ينظر: «محاضرات الأدباء» للراغب الأصفهاني [١٩٦/٢].

(٢) أخرجه: أحمد في «المسند» [٧٢/٥]، عَنْ أَبِي حرَّةَ الرَّقَاشِيِّ، عَنْ عَمِّهِ ﷺ به في سياق طويل. وفيه: «وَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا».
قال الهيثمي: «رواه أحمد، وأبو حرَّة الرقاشي وثَّقه أبو داود وضعَّفه ابن معين. وفيه عَلِيُّ بن زيد، وفيه كلام». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٥٨٥/٣].

قَالَ: الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا ....

وقد قال اللهُ تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا﴾ [النساء: ٥٨].

قال ابنُ مسعودٍ ﷺ: «الأمانةُ في كلِّ شيءٍ، في الوضوءِ، والصلاةِ، والصومِ، والزكاةِ، وغُسْلِ الجنابةِ، وفي الكيلِ والوزنِ، وأعظمُ مِن ذلك الودائعُ»(١). كذا في «التيسير(٢)». واللهُ أعلمُ.

قوله: (قَالَ: الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُودَعِ إِذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»(٣).

وهذا مِن قَبِيل حَمْلِ العامِّ على الخاصِّ، وهو جائزٌ كما في قولِك: الإنسانُ حيوانٌ، ولا يَجُوزُ عكسُه؛ لأن الوديعةَ [٤٤٤/٢و] عبارةٌ عن كونِ الشيءِ أمانةً باستحفاظِ صاحبِه عندَ غيرِه قصْدًا، والأمانةُ قد تكُونُ مِن غيرِ قصْدٍ، كما إذا هبَّتِ الريحُ وألقَتْ ثوبَ إنسانٍ في حِجْرِ غيرِه؛ يَكُونُ ذلك أمانةً عندَه، ولكن بلا قصْدٍ.

فعلى هذا: معنى قولِه: (الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ)، أي: هي غيرُ مَضْمُونةٍ إذا هلكَتْ مِن غيرِ تعَدٍّ.

وإنَّما لم يَلْزَمْهُ الضَّمانُ: لِمَا حدَّثَ الشيخُ [٢٣٨/٦و/م] أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»(٤) قال: حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا كَامِلُ بْنُ طَلْحَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا

(١) أخرجه: ابن أبي الدنيا في «الأهوال» [ص/٥٨١]، وقوام السُّنَّة في «الترغيب والترهيب» [١٨٤/٢]، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» [٢٠١/٤]، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ ﷺ به.

(٢) وقع بالأصل: «التفسير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسفِيِّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

(٤) قد راجعْنا نسختَيْن مِن «مختصر الكَرْخِيِّ»، فلَمْ نجد فيهما هذه الأخبار مُسْنَدة! وإنما رأينا بعضها=

....

ابْنُ لَهِيعَةَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ اسْتُودِعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»(١).

وذكَر الكَرْخِيُّ أيضًا: بإسنادِه إلىٰ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ﷺ قال: «الْعَارِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْوَدِيعَةِ، لَا يَضْمَنُ صَاحِبُهَا إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّىٰ»(٢).

وروَىٰ الكَرْخِيُّ أيضًا: بإسنادِه إلىٰ مُحَمَّدِ ابْنِ الْحَنَفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ قَالَ: «لَا يَضْمَنُ الْعَارِيَّةَ، إِنَّمَا هُوَ الْمَعْرُوفُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ»(٣).

وروَىٰ الكَرْخِيُّ أيضًا ﷺ وقال: حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ العَلاءِ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، عَنْ شَيْبَانَ عَنْ جَابِرٍ عَنْ عَاصِمٍ عَنِ الْحَسَنِ ﷺ قَالَ: «أَدْرَكْتُ ثَمَانِينَ مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ ﷺ مَا رَأَيْتُهُمْ يُضَمِّنُونَ الْوَدَائِعَ».

= مُعلَّقًا وحسب!

أ ـ أمَّا النسخةُ الأُولَىٰ: فهي الممْزُوجة بشَرْح أبي الفضل ركْن الدين الكِرْمانِيِّ [ق٢٥٩/ب/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب ـ والنسخة الثانية: هي الممْزُوجة بشَرْح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُورِيِّ [٣/ق١٦٤/ب/ مخطوط مكتبة رضا ـ رامبور/ الهند/ نقلًا عن مصوَّرات الجامعة الإسلامية/ (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

وقد مضىٰ التنبيه: علىٰ أنه لا يكاد يوجد: «مختصر الكَرْخِيِّ» إلا ممْزُوجًا بالشروح عليه! فلَمْ يبْقَ إلا ما كنَّا أبدَيْناه سابقًا مِن أن القُدُورِيَّ والكِرْمانِيَّ كان يتصرَّفان في عبارة الكَرْخِيِّ، فيأْتِيَان بالمعنىٰ دون اللفظ، مع اختصارهما أسانيدَ الرجل في «مختصره»!

(١) أخرجه: ابن ماجه في كتاب الصدقات/ باب الوديعة [رقم/٢٤٠١]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٢٨٩]، من طريق الْمُثَنَّىٰ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ به.

قال البوصيري: «هذا إسناد ضعيف لضعف المثنَّىٰ ـ وهو ابن الصباح ـ والراوي عنه».

ينظر: «مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه» للبوصيري [٣/٦٢].

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٥]، عن عُمَر بن الخَطَّاب ﷺ به.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠٥٥٣]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٨]، من طريق مُحَمَّدِ ابْنِ الْحَنَفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ به.

لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»؛ وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ حَاجَةً إِلَى الِاسْتِيدَاعِ، فَلَوْ ضَمِنَاهُ يَمْتَنِعُ النَّاسُ

ورَوَىٰ أيضًا: بإسناده إلىٰ شُرَيْحٍ ﷺ قَالَ: «كَانَ يَقُولُ: مَنِ اسْتُودِعَ وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا؛ فَقَدْ ضَمِنَ»[1].

ولأن الناسَ تَقَعُ بهمُ الحاجةُ كثيرًا إلىٰ أن يَسْتَعِينُوا بغيرِهم في حِفْظِ أموالِهم، فلو لزِم الضَّمانُ مِن غيرِ تعَدٍّ؛ لامتَنَعُوا عن القبولِ وتعطَّلتِ المصالحُ، وفيه مِن الحرجِ ما لا يَخْفَىٰ علىٰ أحدٍ، والحرجُ مدفوعٌ شرعًا.

قولُه: (لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»[2]).

فيه نَظَرٌ؛ لأن أبا عُبيدٍ جعَله من كلامِ شُرَيْحٍ في «غريب الحديث»[3]، حيثُ قال: «في حديثِ النبيِّ ﷺ في صُلْحِ الْحُدَيْبِيَةِ، حينَ صالَح أهلَ مكَّةَ، وكتَبَ بينه وبينَهم كتابًا، فكتَب فيه: «أَن لَا إِغْلَالَ، وَلَا إِسْلَالَ، وَأَنَّ بَيْنَهُم عَيْبَةً مَكْفُوفَةً»[4].

قال أبو عَمْرٍو[5]: «الْإِسْلَالُ: السَّرِقَةُ. يُقالُ: في بني فلانٍ سَلَّةٌ؛ إذا كانوا

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٨٠٠]، عن شُرَيْحٍ ﷺ به.

(٢) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٣/٤١]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٩١]، من طريق عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْجَبَّارِ، عَنْ عُبَيْدَةَ بْنِ حَسَّانَ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ به. قال الدارقطني: «عَمْرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يُرْوَىٰ عن شريح القاضي غير مرفوع». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/١٥٦]، و«البدر المنير» لابن الملقن [٧/٣٠١].

(٣) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [١/١٩٨].

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الجهاد/ باب في صلح العدو [رقم/٢٧٦٦]، وأحمد في «المسند» [٤/٣٢٣]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٩/٢٢١]، من طريق عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، وَالْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ، في سياق قِصَّةِ الْحُدَيْبِيَةِ المشهورة.

(٥) وقع بالأصل: «أبو عمر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو أبو عَمْرو إسحاق بن مرار الشيباني اللغويُّ الأديب. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ، فَيَتَعَطَّلُ مَصَالِحُهُمْ.

غاية البيان

يَسْرِقون، وَالْإِغْلَالُ: الْخِيَانَةُ».

ثم قال(١): «وكان أبو عُبيدةَ يَقُولُ: يُقالُ: رَجلٌ مُغِلٌّ مُسِلٌّ. أي: صاحبُ سَلَّةٍ وخِيانَةٍ، ومنه قولُ شُرَيْحٍ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمانٌ»(٢). يَعْنِي: الخائنُ. قال النَّمِرُ بنُ تَوْلَبٍ ـ يُعاتِبُ امْرَأَتَه جَمْرَةَ في شيءٍ كَرِهَهُ منها ـ(٣):

جَـزَى اللهُ عَنَّـا جَمْـرَةَ ابْنَـةَ نَوْفَـلٍ ❊ جَـزَاءَ مُغِـلٍّ بِالْأَمَانَـةِ كَـاذِبِ

كذا ذكَر في «غريب الحديث»(٤).

وذكَر الفقيهُ أبو الليثِ السَّمَرْقَنْدِيُّ رحمه الله في «خزانة الفقه»: «لا ضَمانَ على المُودَعِ إلا في ثلاثةِ أشياءَ: التقصيرُ في الحفظِ، وخَلْطُها بمالِه، ومَنْعُها مِن مالِكِها بعدَ الطلبِ».

ثم قال فيها: «أربعةُ نفرٍ يَجُوزُ للمُودَعِ دَفْعُ الوَدِيعَةِ إليهم، ولا يَضْمَنُ عندَ تَلَفِها: الزوجةُ، والولدُ، والمملوكُ [٦/٢٣٧ظ/م]، والأجيرُ».

ثم قال فيها: «شيئانِ لا يُوجِبانِ الضَّمانَ معَ الخلافِ: إذا قال: لا تَدْفَعْ إلى زوجَتِك، فدفَع إليها وتَلِف، أو قال: احفَظْها في هذا البيتِ، فحَفِظَها في بيتٍ آخرَ مِن تلك الدارِ».

(١) أي: أبو عُبيد رحمه الله.

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٢]، والدارقطني في «سننه» [٣/٤١]، عن شُرَيْح رحمه الله به.

(٣) ينظر: «في ديوانه» [ص/٤١].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن الْمُغِلَّ في لغة العرب بمعنى الخائن.

(٤) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [١/١٩٨].

قَالَ: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ

قولُه: (قَالَ: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره» [٢/٤٤٤ظ]، وتمامُه فيه: «فإنْ حَفِظَها بغيرِهم، أوْ أودَعها غيرَهُم؛ ضَمِن، إلا أن يَقَعَ في دارِه حريقٌ، فيُسَلِّمُها إلى جارِه، أو يَكُونُ في سفينةٍ فخاف الغرَقَ، فيُلْقِيها إلى سفينةٍ أُخرى»(١). إلى هنا لَفْظُ «المختصر».

وإنما كان له أن يَحْفَظَها بيدِه، وبيدِ مَن في عيالِه؛ لأن المالكَ يَرْضى بذلك؛ لأنه أراد أن يحفَظَها كما يَحْفَظُ مالَ نفسِه، والإنسانُ يحفظُ مالَه عادةً بيدِه وبيدِ مَن في عيالِه، فكان يدُ مَن في عيالِه كيَدِه، فكان المالكُ راضيًا بحفظِ مَن في عيالِه.

ولأن المُودَعَ لا يَتَمَكَّنُ مِن الحفظِ بنفسِه دائمًا عادةً؛ لأنه ربَّما يَخْرُجُ مِن بيتِه فيبقى جميعُ ما في البيتِ في يدِ مَن هو في يدِه، فكان كاستحفاظِ المُودَعِ: استحفاظُ مَن في عيالِه، فكان المُودَعُ مأذونًا في الحفظِ بنفسِه وبمَنْ في عيالِه دلالةً، فلا يَضْمَنُ إذا هلَكتِ الوَدِيعَةُ عندَ مَن في عيالِه.

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: يَضْمَنُ إلا أن يَسْتَحْفِظَهُم استعانةً مِن غيرِ أنْ يغِيبَ عن عيْنِه(٢).

واستدلَّ: بأنه أودَعَ الوَدِيعَةَ بغيرِ إذْنِ صاحبِها مِن غيرِ حاجتِه، فلزِمه الضَّمانُ، كما إذا أودَعها مِن أجنبيٍّ.

والجوابُ: أن تَسْلِيمَها إلى عبْدِه وزوجتِه ليس بإيداعٍ، وإنما هو استخدامٌ واستحفاظٌ، يُبيِّنُ ذلك: أن المُودَعَ تَنْفَرِدُ يدُه عن يدِ المُودِعِ، وههنا يدُه غيرُ مميزةٍ عن يدِه، وحِرْزُهم حرْزٌ واحدٌ، فصار كما لو وضعَها في بيتٍ، ثم استحفظَ أهلَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣١].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٨٠]. و«روضة الطالبين» للنووي [٦/٣٢٧].

حِفْظَ مَالِ غَيْرِهِ عَلَىٰ الْوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنَ الدَّفْعِ إِلَىٰ عِيَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ مُلَازَمَةُ بَيْتِهِ، وَلَا اسْتِصْحَابُ الْوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ، فَكَانَ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِهِ.

غاية البيان

البيتِ، فظهَر الفرقُ بينَ الأجنبيِّ ومَن في عيالِه.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «الذين هم في عيالِه: الذين يَسْكُنونَ [٦/٢٣٩و/م] معَه، وتَجِبُ عليه نفقتُهم مِن أجِيرِه وغلامِه وامرأتِه وولدِه وغيرِهم، وهذا إذا لم يَنْهَهُ صاحبُ الوَدِيعَةِ عن الدفعِ إلىٰ مَن هو في عيالِه، فأما إذا نهاه عن ذلك، ثم دفَع وضاعتِ الوَدِيعةُ، فإنه يُنْظَرُ: إنْ كان يَجِدُ بُدًّا مِن دَفْعِها إليه؛ فإنه يَضْمَنُ، وإنْ كان لا يَجِدُ بُدًّا مِن دَفْعِها إليه فلا ضَمانَ عليه»[١]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** ﵀».

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «وتفسيرُ مَن في عيالِه في هذا الحُكْمِ: أنْ يُسَاكِنَ معَه، سواءٌ كان في نفقتِه أوْ لا»، ونقَله عن وَدِيعَةِ «**النوازل**» و«**الواقعات**»[٢].

والمرادُ بالأجيرِ: أجيرُ المُشَاهَرَةِ[٣]، أو المُسَانَهةِ[٤] دونَ المُيَاوَمَةِ[٥]. كذا في «**خلاصة الفتاوىٰ**».

وذكَر في «**الواقعات الحُسَامِيَّة**» ـ في بابِ الوَدِيعةِ بعلامةِ النونِ[٦] ـ: «امرأةٌ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٣١٨].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٨٤].

(٣) المُشَاهَرَةُ: من الشَّهْر، كَالْمُعَاوَمَةِ من العَام. ينظر: «مختار الصحاح» [ص/١٧٠/ شهر].

(٤) المُسَانَهَةُ: الأَجَل إلىٰ سَنَة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) المُيَاوَمَةُ: يعني: يومًا يومًا. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٦) يعْنِي بـ: «علَامة النون»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «النوازل»، لأبي الليث السمرقندي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

....

أُودِعَتْ وَدِيعَةً، فدفعَتْ[1] إلىٰ زوْجِها؛ لا يَضْمَنُ وإنْ لم يَكُنِ الزوجُ في عيالِها؛ لأن العبرةَ في هذا البابِ للمُساكنةِ دونَ النفقةِ، أَلَا تَرىٰ أن الابنَ إذا كان معَهما ساكنًا، وليس في عيالِهما، فخرَجا مِن المنزلِ، وترَكا المنزلَ علىٰ الابنِ؛ لا يَضْمَنانِ.

رَجلٌ آجرَ مِن دارِه بيتًا إنسانًا، ودفَع الوَدِيعةَ إلىٰ هذا المُسْتَأْجِرِ؛ فهذا علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا إنْ كان لكلِّ واحدٍ منهما غلَقٌ علىٰ حِدَةٍ، أو لم يَكُنْ، وكلُّ واحدٍ منهما يَدْخُلُ علىٰ صاحبِه بغيرِ حِشْمةٍ.

ففي الوجهِ الأوَّلِ: يَضْمَنُ؛ لأنه ليس في عيالِه، ولا بمنزلةِ مَن في عيالِه.

وفي الوجهِ الثاني: لا؛ لأنه بمنزلةِ مَن في عيالِه».

وقال فيها[2] في هذا البابِ أيضًا: «ولو دفَعها إلىٰ رَجُلٍ يُجْرِي عليه نفقتَه كلَّ شهرٍ؛ يَضْمَنُ» يُرِيدُ به: إذا كان يُجْرِي عليه نفقتَه، لكن لا يَسْكُنُ معَه، ويُقالُ بالفارسيَّةِ: إِجْرَ اخُور[3]؛ لأن هذا ليس في عيالِه؛ لأنه غيرُ ساكنٍ معَه.

رَجُلٌ له امرأتان، ولكلِّ واحدٍ منهما ابنٌ مِن غيرِه يَسْكُنُ معَه، ويُنْفِقُ عليهما؛ فهما في عيالِه؛ لأنه وُجِدَ تفسيرُ[4] مَن في عيالِه، وهو كونُه ساكنًا معَه.

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «الثِّيابِيُّ إذا ترك ثيابَ الناسِ في الحمَّامِ، وخرَج عن الحمَّامِ [٢/٤٤٥و]، وترَك علىٰ حلَّاقٍ[5] في الحمَّامِ، وذهَب فضاع ثوبُ الرَّجُلِ؛ لا يَضْمَنُ، بمنزلةِ الشركاءِ»[6].

---

(١) وقع بالأصل: «فدعت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) يعني: صاحب «الواقعات الحُسَاميَّة».
(٣) هكذا ضبطه في: «م»، و«ج».
(٤) وقع بالأصل: «وجد نفسه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٥) وقع بالأصل: «وترَك حَلَّاقًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٦) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٦١].

فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا

غاية البيان

وقال في آخرِ سَرِقَةِ «الجامع الكبير»: «المُودَعُ لو دفَع الوَدِيعَةَ إلىٰ عائلِه ـ يَعْنِي: إلىٰ الذي المُودَعِ في عيالِه ـ لم يَضْمَنْ»(١).

قال الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ: «وهذه الروايةُ لم تُوجَدْ إلا في هذا الكتابِ». يَعْنِي: في «الجامع الكبير».

وقال في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ»: «لو وضَع الثيابَ في الحَمَّامِ برأيِ عينِ صاحبِ الحَمَّامِ، ولم يَقُل شيئًا باللسانِ، ودخَل [٦/٢٣٩ظ/م] الحَمَّامَ:

إنْ لم يَكُنْ للحَمَّام ثِيَابِيٌّ ـ وهو الذي يُقالُ بالفارسيَّةِ: «جَامَهْ دار»(٢) ـ: يَضْمَنُ صاحبُ الحَمَّامِ؛ لأن وَضْعَ الثيابِ برأيِ عيْنِه استحفاظٌ منه.

وإن كان للحَمَّامِ ثِيَابِيٌّ حاضرٌ: لا يَضْمَنُ صاحبُ الحَمَّامِ؛ لأن هذا استحفاظٌ للثِّيَابِيِّ دلالةً في أيِّ موضعٍ يَضعُ، إلا إذا نصَّ علىٰ استحفاظِ صاحبِ الحَمَّامِ، بأنْ قال لصاحبِ الحَمَّامِ: أين أضعُ هذه الثيابَ؟ فحينَئذٍ صار صاحبُ الحَمَّامِ مُودعًا، وإنْ كان ثَمَّةَ ثِيَابِيٌّ، فيَضْمَنُ ما ضَمِن المُودَعُ»(٣).

قوله: (فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ؛ ضَمِنَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله(٤).

وذلك لأن المالكَ لم يَرْضَ بحفظِها بيدِ مَن ليس في عيالِ المُودَعِ [٦/٢٣٨ظ/م]؛ لأن الأيديَ تَتفاوَتُ في الحفظِ والأمانةِ، فلا جَرَم يَضْمَنُ إذا أودَعها غيرَهم، إلا إذا وقَع حريقٌ غالبٌ يُخافُ منه علىٰ الوَدِيعَةِ، فسلَّمها إلىٰ جارِه، أوْ

(١) كتاب الوديعة ساقط بتمامه مِن المطبوع من «الجامع الكبير»!

(٢) هكذا ضبطه في: «س»، و«ج». وفي «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة»: «خانه دار»

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٨].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

بِيَدِ غَيْرِهِ، وَالْأَيْدِي مُخْتَلِفَةٌ فِي الْأَمَانَةِ، ....

كانَ المُودَعُ في سفينةٍ معَها، فخاف الغرقَ أو اللصوصَ وما أشبَه ذلك، فدفَعَها إلى غيرِه؛ لا يَضْمَنُ؛ لأنه مأمورٌ بالحفظِ مِن جهةِ المالكِ، ولا طريقَ للحفظِ في مِثْلِ هذه الحالةِ إلا بالدفعِ إلى غيرِه، فكان مأذونًا في الدفعِ دلالةً، فلا يَضْمَنُ.

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصره»: «قال أبو يوسفَ رحمه الله: ولا نُصدِّقُه على العذرِ حتَّى يُقيمَ[1] البيِّنَةَ».

ثم قال: «وكذلك قياسُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وذلك أن الْإِيدَاعَ سَبَبٌ لِلضَّمانِ، فإذا ادَّعى سقوطَ الضَّمانِ للضرورةِ؛ لم يُقْبَلْ قولُه، كما لو ادَّعى أن المالكَ أَذِنَ له في الْإِيدَاعِ».

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «فإنْ دفَع لضرورةٍ؛ بأنِ احترقَ بيتُ المُودَعِ، فدفعَها إلى جارِه؛ لا يَضْمَنُ، وكذا فيما يُشْبِهُ هذا».

ثم قال فيها: «قال شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ رحمه الله في صُلْحِ «الأصل»: هذا إذا لم يَجِدْ بُدًّا مِن الدفعِ إلى الأجنبيِّ، أمَّا إذا أمكَنه الدفعُ إلى مَن في عيالِه، فدفعَها إلى أجنبيٍّ؛ يَضْمَنُ».

وقال الإمامُ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله في كتابِ الصُّلْحِ أيضًا: «هذا إذا كان الحريقُ غالبًا أحاطَ بمنزلِ المُودَعِ، أمَّا إذا لم يَكُنْ محيطًا يَضْمَنُ بالدفعِ إلى الأجنبيِّ».

ونَقَلَ في «الخلاصة» عن «المنتقى»: «إنْ علِم أنه وقَع الحريقُ في بيتِه قُبِلَ قولُه، وإلَّا فلا»[2].

---

(١) وقع بالأصل: «حتى نقيم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٦٠ - ٣٦١].

وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، كَالْوَكِيلِ لَا يُوَكِّلُ غَيْرَهُ، وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعُهُ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الْحِرْزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ.

قَالَ: إِلَّا أَنْ [١٠٣/و] يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَىٰ جَارِهِ، أَوْ يَكُونَ فِي سَفِينَةٍ فَخَافَ الْغَرَقَ فَيُلْقِيهَا إِلَىٰ سَفِينَةٍ أُخْرَىٰ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَيَرْتَضِيهِ الْمَالِكُ، وَلَا يُصَدَّقُ عَلَىٰ ذَلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي ضُرُورَةً مُسْقِطَةً لِلضَّمَانِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ؛ فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ الْإِذْنَ فِي الْإِيدَاعِ.

قَالَ: فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا عَنْهُ، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهَا؛ ضَمِنَهَا؛

غاية البيان

قولُه: (وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، كَالْوَكِيلِ لَا يُوَكِّلُ غَيْرَهُ).

لَا يُقَالُ: يَنْتَقِضُ هذا بالمستعيرِ والعبدِ المأذونِ والمكاتَبِ؛ حيثُ يَكُونُ لهؤلاءِ الْإِعَارَةُ والإِذْنُ والكِتَابةُ؛ لأنَّ المُسْتَعِيرَ مالكٌ للمنفعةِ، والمأذونُ يَتصرَّفُ بحُكْمِ المِلْكِ فيَمْلِكُ التمليكَ[1]، وكذا المكاتَبُ.

قولُه: (وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعُهُ)، يعني: يَضْمَنُ بالوضعِ في حِرْزِ غيرِه، كما يَضْمَنُ بالإيداعِ، إلا إذا استأجَر بيتًا يُحْرِزُ فيه متاعَه، فوضَع الوَدِيعةَ فيه لا يَضْمَنُ؛ لأنه حِرْزُ نفْسِه حيثُ استأجرَه، وإنْ كان مِلْكًا لغيرِه.

قولُه: (إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ)، أي: نارٌ، وهذا استثناءٌ مِن قولِه: (ضَمِنَ)، وقد مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا [٤٤٥/٢ظ] فَحَبَسَهَا عَنْهُ، وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهَا؛ ضَمِنَهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره»[2].

---

(١) وقع بالأصل: «فيَمْلِك التوكيل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣١].

لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالْمَنْعِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لِمَا طَالَبَهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِإِمْسَاكِهِ بَعْدَهُ فَيَضْمَنُهُ بِحَبْسِهِ عَنْهُ.

قَالَ: فَإِنْ خَلَطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ؛ ضَمِنَهَا ثُمَّ لَا سَبِيلَ لِلْمُودِعِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وَقَالَا: إِذَا خَلَطَهَا بِجِنْسِهَا شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ، مِثْلَ أَنْ يَخْلِطَ الدَّرَاهِمَ الْبِيضَ بِالْبِيضِ، وَالسُّودَ بِالسُّودِ، وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ.

غاية البيان

والأصلُ في ذلك: أن ردَّ الوَدِيعَةِ إلىٰ صاحبِها واجبٌ؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]. وقولِه تَعالىٰ: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. فإذا كان الردُّ واجبًا بحُكْمِ الشَّرْعِ ـ ولم يَرُدَّ بعدَ الطلبِ ـ يَكُونُ معزولًا عن الحفظِ، معتَدِيًا في إمساكِ المالِ بغيرِ إِذْنِ صاحبِه؛ فيضْمَنُ.

وقد قالوا: إن الواجبَ عليه التمكينُ مِن أَخْذِها دونَ حَمْلِها إلىٰ صاحبِها.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وكذلك لو جحَد الوَدِيعَةَ ثم أَقَرَّ بها؛ صارت مَضْمُونةً عليه، ولا يَبْرَأُ مِن ضمانِها إلا بالتسليمِ إلىٰ صاحبِها، بخلافِ المُودَعِ إذا خالَف في الوَدِيعَةَ ثم ترك الخلافَ وعاد إلىٰ الوِفاقِ؛ ارتفَع الضَّمانُ عندَنا، وعندَ الشَّافعيِّ ﵁: لا يَرْتَفِعُ كالجحودِ[(١)]»[(٢)].

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ خَلَطَهَا الْمُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ؛ ضَمِنَهَا). أي: قال القُدُورِيُّ في **«مختصره»**[(٣)].

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٧٧/٨]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١٢٥/٥]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٧٩/٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٣١٨].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣١].

لَهُمَا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْوُصُولُ إِلَىٰ عَيْنِ حَقِّهِ صُورَةً، وَأَمْكَنَهُ مَعْنًىٰ بِالْقِسْمَةِ، فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ، فَيَمِيلُ إِلَىٰ أَيِّهِمَا شَاءَ.

وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الْوُصُولُ إِلَىٰ عَيْنِ حَقِّهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّهَا مِنْ مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا.

غاية البيان

وقال محمَّدٌ رحمه الله في كتابِ القضاءِ مِن «**الجامع الصغير**»: «عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ أودع رَجُلًا ألفَ درهمٍ، فخلَطها بألفِ درهمٍ أُخرَىٰ، قال: الألفُ دَيْنٌ علىٰ المُودَعِ، وليس لصاحبِها الذي أودَعها عليه سبيلٌ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ رحمهما الله: يَشْرَكُه إنْ شاء»(١).

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: هذا إذا خلَطها مِن غيرِ إذابةٍ، فأمَّا إذا كان بإذابةٍ، فجوابُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه لا يَخْتَلِفُ، بل يَنْقَطِعُ المِلْكُ بكلِّ حالٍ، وَرُوِيَ عن أبي يوسفَ رحمه الله: أنه جعَل الأقلَّ تابعًا للأكثرِ، وقال محمَّدٌ رحمه الله: يَشْرَكُه بكلِّ حالٍ؛ لأن الجنسَ لا يَغْلِبُ الجنسَ عندَه، كما في الرَّضاعِ: امرأتانِ جمَعتا ألبانَهما في قدَحٍ، وصُبَّ ذلك في حَلْقِ صبيٍّ، عندَ أبي يوسفَ: العبرةُ للأكثرِ، وعندَ محمَّدٍ: يَثْبُتُ الرَّضاعُ منهما.

والحاصلُ هنا: ما قالوا في «**شروح الجامع الصغير**»: إن الخلطَ علىٰ أربعةِ أوْجُهٍ:

خلْطٌ بطريقِ المجاورةِ معَ إمكانِ التمييزِ، كخَلْطِ الجَوْزِ باللَّوْزِ، والدراهمِ البِيضِ بالسُّودِ، وأنه لا يقْطَعُ حقَّ المالكِ بالإجماعِ؛ لتيَسُّرِ الوصولِ إلىٰ عيْنِ حقِّه.

والثاني: خَلْطٌ بطريقِ المجاورةِ علىٰ وجهٍ يَتَعَذَّرُ التمييزُ، كخَلْطِ الحِنْطَةِ بالشَّعِيرِ، وذلك يقطَعُ حقَّ المالكِ في بعضِ الرواياتِ؛ لأنَّ الحِنْطَةَ لا تَخْلُو عن

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٤].

وَلَوْ أَبْرَأَ الْخَالِطُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْمَخْلُوطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدَّيْنِ وَقَدْ سَقَطَ، وَعِنْدَهُمَا بِالْإِبْرَاءِ يَسْقُطُ خِيرَةُ الضَّمَانِ؛ فَتَتَعَيَّنُ

غاية البيان

حبّاتِ الشَّعيرِ، وكذا الشَّعيرُ لا يَخْلُو عن حبّاتِ الحِنْطَةِ، فيتعذَّرُ التمييزُ حقيقةً، والتمييزُ حُكْمًا ـ وهو القِسْمَةُ ـ متعذِّرٌ أيضًا لاختلافِ الجنسِ، فكان الخلطُ استهلاكًا.

والثالثُ: خَلْطٌ بطريقِ المُمَازَجَةِ في خلافِ الجنسِ؛ كخَلْطِ الدُّهْنِ بالخَلِّ [٦/٢٤٠ظ/م] ونحوِه، وأنه يقْطَعُ حقَّ المالكِ بالإجماعِ؛ لتعذُّرِ الوصولِ إلى عينِ الحقِّ.

والرابعُ: الخلْطُ بطريقِ المُمَازَجَةِ أو المجاورةِ في الجنسِ؛ فالأوَّلُ كخَلْطِ دُهْنِ الجَوْزِ بدُهْنِ الجَوْزِ، والثاني: كخَلْطِ الحِنْطَةِ، والشَّعيرِ بِالشَّعيرِ، والدراهمِ البِيضِ بالدراهمِ البِيضِ.

فعندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: يَقطَعُ حقَّ المالكِ، وعندَهما: يتَخَيَّرُ المالكُ: إن شاء ضَمَّنه مثلَه، وإنْ شاء شارَكه في المخلوطِ؛ لأن التمييزَ والوصولَ إلى عينِ الحقِّ إنْ تعذَّر مِن حيثُ الحقيقةُ؛ لم يتعَذَّرْ مِن حيثُ الحُكْمُ بِالقِسْمَةِ، فيمْتَنِعُ الهلاكُ والقِسْمَةُ فيما يُكالُ أوْ يُوزَنُ إفرازٌ وتعيينٌ بالإجماعِ، حتَّى يَنْفَرِدَ كلُّ واحدٍ مِن الشريكيْنِ أنْ يَأْخُذَ حِصَّتَه مِن غيرِ قضاءٍ [٢/٤٤٦و] ولا رضًا، ويمْلِكُ كلُّ واحدٍ منهما بَيْعَ نصيبِه مُرابحةً على نصفِ الثَّمَنِ، فكان استهلاكًا مِن وجْهٍ دونَ وجْهٍ، فيتخيَّر: إنْ شاء مالَ إلى جانبِ الهلاكِ، ويُضَمِّنُه القِيمَةَ أخْذًا بالوجهِ الذي هو مُسْتهلَكٌ، وإنْ شاء أخَذ بالوجهِ الذي هو غيرُ مُسْتهلَكٍ وشارَكه.

ولأبي حنيفةَ رضي الله عنه: أن خَلْطَ الجنسِ بالجنسِ لا يَحْتَمِلُ التمييزَ، فكان استهلاكًا؛ لأنه يَعْجِزُ المالكُ عن الانتفاعِ بحقِّهِ، فيَنْقَطِعُ الحقُّ إلى الضَّمَانِ، كما في الخلطِ، بخلافِ الجنسِ على وجْهٍ يتعَذَّرُ التمييزُ.

الشَّرِكَةُ فِي الْمَخْلُوطِ، وَخَلْطُ الحَلِّ بِالزَّيْتِ وَكُلُّ مَائِعٍ بِغَيْرِ جِنْسِهِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ صُورَةً، وَكَذَا مَعْنًى لِتَعَذُّرِ الْقِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ خَلْطُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الْآخَرِ فَيَتَعَذَّرُ التَّمْيِيزُ وَالْقِسْمَةُ.

وَلَوْ خَلَطَ الْمَائِعَ بِجِنْسِهِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَالِكُ إِلَى ضَمَانٍ لِمَا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَجْعَلُ الْأَقَلَّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ؛ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرِكَةٌ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّ الْجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الْجِنْسَ عِنْدَهُ عَلَى مَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ. [١٠٣/ظ]

وَنَظِيرُهُ خَلْطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إِذَابَةً؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالْإِذَابَةِ.

غاية البيان

وما قالا مِن القِسْمَةِ: لا يَصْلُحُ مانعًا مِن الهلاكِ؛ لأن القِسْمَةَ مِن ضروراتِ الشَّرِكَةِ، فلا تَصْلُحُ علَّةً للشَّرِكَةِ. أَعْنِي: أن القِسْمَةَ حُكْمُ الشَّرِكَةِ، فلا تَكُونُ علَّةً للشَّرِكَةِ؛ لأنه حينئذٍ تَنْقَلِبُ العِلَّةُ حُكْمًا، والحُكْمُ عِلَّةً، وهو فاسدٌ.

قولُه: (وَخَلْطُ الحَلِّ بِالزَّيْتِ)، بالحاء المهملة، كذا السماع، وهو دُهْن السِّمْسِمِ.

قولُه: (وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ: خَلْطُ الْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ)، أي: مِن قَبِيلِ انقطاعِ حقِّ المالكِ، وقولُه: (فِي الصَّحِيحِ)، احترازٌ عن روايةِ الحسنِ.

قال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في كتابِ الغصبِ مِن «**الكفاية**»: «رَوَى الحسنُ في مسألةِ خَلْطِ الحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ عن أبي حنيفةَ ﷺ: مِثْلَ قولِهما».

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلى قولِه: (أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِ وَجْهٍ)؛ لأنه فِعْلٌ يَتَعَذَّرُ معَه الوصولُ إلى عينِ حقِّه.

قَالَ: وَإِنِ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ؛ فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا كَمَا إِذَا انْشَقَّ الْكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنْعِ مِنْهُ فَيَشْتَرِكَانِ وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ؛ فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وذلك لأن الوَدِيعةَ إذا تَلفتْ بغيرِ فِعْلِ المُودَعِ؛ لا يَضْمَنُ، فكذا إذا اختلطت؛ لأنه لم يَوجدِ التعدِّي منه.

قال الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «مختصر الكافي»: «فإذا انشقَّ الكِيسُ [٦/٢٤٠ظ/م] في صندوقِه، فاختَلطتْ بدراهِمه؛ فلا ضَمانَ عليه، وهما فيه شريكانِ، وإنْ هلَك بعضُها؛ هلَك مِن مالِهما جميعًا، ويُقْسَمُ الباقي بينَهما على قَدْرِ ما كان لكلِّ واحدٍ منهما».

يَعْنِي: إذا كان لأحدِهما ألفٌ، وللآخرِ ألفانِ؛ يُقْسَمُ الباقي بينَهما أثلاثًا؛ لأنه اختلَط بمالِه الآخرِ خَلْطًا لا يُمْكِنُ التمييزُ بينَهما، فثبتَتِ الشَّرِكَةُ بينهما، حيثُ لم يَجِبِ الضَّمانُ؛ لعدمِ التعدِّي لوجودِ مِلْكِ كلِّ واحدٍ منهما في بعْضِه.

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «هذا إذا كانتِ الدراهمُ صحاحًا أوْ مكَسَّرةً، فإن كانت دراهمُ أحدِهما صحاحًا، ودراهمُ الآخرِ مُكَسَّرةً؛ لا يَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بينَهُما، بل يُمَيِّزُ ما لُكِلِّ واحدٍ منهما، فيُدْفَعُ إلى المُودَعِ مالُه، ويُمْسِكُ المُودَعُ مالَ نفسِه؛ لأنه يُمْكِنُ التمييزُ بينَهُما.

وإنْ كان مالُ أحدِهما دراهمَ صحاحًا جِيادًا، وفيها بعضُ الرديءِ، ودراهمُ الآخرِ صحاحًا رديئةً، وفيها بعضُ الجِيَادِ؛ تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بينَ المالَيْنِ؛ لأن هذا خلطٌ لا يُمْكِنُ التمييزُ بينَهُما، ثم كيفَ يَقْتَسِمانِ إنْ تصادَقا: أن تُلُثَي مالِ أحدِهما

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

قَالَ: فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ضَمِنَ الْجَمِيعَ؛

جِيادٌ، وثلثَه رديءٌ، وثُلثي مالِ الآخرِ رديءٌ، وثُلثَهُ جيِّدٌ؟ يَقتَسِمانِ الجيادَ مِن المالِ المختَلَطِ أثلاثًا، والرديءَ أثلاثًا على قَدْرِ ما كان لكلِّ واحدٍ منهما.

وإنْ لم يَتصادَقا وكان لا يُعْرَفُ، وادَّعى كلُّ واحدٍ منهما: أن ثلثي مالِه جِيَادٌ، وثلثَه رديءٌ، ومالُ صاحبِه ثُلثاه رديءٌ، وثُلثَه جيِّدٌ؛ يَأْخُذُ كلُّ واحدٍ منهما ثلثَ الجِيادِ؛ لأنهما اتَّفقا على أنه كان لكلِّ واحدٍ منهما ثُلثُ الجِيادِ، فيأخذانِ ذلك، واختلَفا في الثلثِ الآخَرِ ادَّعى كُلُّ واحدٍ منهما لنفسِه، وذلك الثلثُ في أيديهما في يدِ كُلِّ واحدٍ منهما نصفُ هذا الثلثِ، وهو سدسُ الكُلِّ، فيَكُونُ القولُ قولَ كلِّ واحدٍ منهما فيما في يدِه [٢/٤٤٦ظ]، ويُحَلَّفُ كُلُّ واحدٍ منهما على دعوى صاحبِه.

فإنْ حلَفا بَرِئَا عن الدعوى، وتُرِكَ المالُ في أيديهما كما كان، وإنْ نكَلا؛ قُضِيَ لكلِّ واحدٍ منهما بنصفِ الثلُثِ، وهو سدسُ الكُلِّ الذي في يدِ صاحبِه، وكذلك إنْ قامت لهما جميعًا البيِّنةُ، وإنْ حلَف أحدُهما، ونكَل الآخَرُ، بَرِئَ الحالفُ، فيَرُدُّ النَّاكِلُ نصفَ الثلثِ، وهو سدسُ الكُلِّ الذي في يدِه إلى صاحبِه»(١).

قال الحاكمُ الشهيدُ: «وإنْ فعلَ ذلك إنسانٌ في بيتِه مِن عيالِه: مِن صغيرٍ أوْ كبيرٍ أو مملوكٍ أو أجنبيٍّ؛ فلا ضَمانَ فيه على المُسْتَوْدَعِ، والضَّمانُ على الذي خَلَطها»(٢).

وإنما لم يَجِبِ الضَّمانُ على المُودَعِ؛ لأنه لم يوجَدْ منه التعدِّي، وجُعِلَ فِعْلُ [٦/٢٤١و/م] مَن في عيالِه كفِعْلِه فيما فيه ضرورةٌ، وهو الحفظُ لا في حقِّ الاستهلاكِ، ووجَب الضَّمانُ على الخالطِ؛ لأن سببَ الضَّمانِ ـ وهو الاستهلاكُ ـ وُجِدَ منه.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُودَعُ بَعْضَهَا، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي؛ ضَمِنَ الْجَمِيعَ)،

(١) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٢ ـ ١٣].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٦].

لِأَنَّهُ خَلَطَ مَالَ غَيْرِهِ بِمَالِهِ؛ فَيَكُونُ اسْتِهْلَاكًا عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ.

قَالَ: وَإِذَا تَعَدَّى الْمُودَعُ فِي الْوَدِيعَةِ؛ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا، أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ، أَوْ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ، ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ.

غاية البيان

أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وذلك لأنَّ البعضَ الذي أنفقَهُ يَجِبُ عليه ضمانُه بالإتلافِ، والبعضُ الباقي يَجِبُ ضمانُه أيضًا؛ لأن المردودَ مالُه، وقد خَلَطه بِالوَدِيعةِ، والخلطُ استهلاكٌ؛ لأنه لا يُمْكِنُ التميزُ، فلذلك ضَمِن الجميعَ.

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «وإنْ كانتِ الوَدِيعةُ دراهمَ أو دنانيرَ أوْ شيئًا مِن المكيلِ والموزونِ، فأنفَق طائفةً منها في حاجتِه؛ كان ضامنًا لِمَا أنفق منها؛ لأنه أتلفَ بالإنفاقِ، ولا يَضْمَنُ ما بقِيَ لأنه لم يَتْلَفْ، فإنْ جاء بمثلِ ما أنفَق وخَلطَ بالباقي؛ صار ضامنًا لجميعِها ما أنفَق بالإتلافِ، وما بقِيَ بالخلطِ، هذا إذا لم يَجْعَلْ على مالِه علامةً حينَ خلَط بمالِ الوَدِيعَةِ، أمَّا إذا كان ثَمَّةَ علامةٌ؛ لا يَضْمَنُ سِوى ما أنفَق؛ لإمكانِ التميزِ»[2].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَعَدَّى الْمُودَعُ فِي الْوَدِيعَةِ؛ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا، أَوْ ثَوْبًا فَلَبِسَهُ، أَوْ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ، ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا إِلَى يَدِهِ؛ زَالَ الضَّمانُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[3].

ولقَبُ المسألةِ: أن المُودعَ إذا خالَف في الوَدِيعَةِ، ثم عاد إلى الوفاقِ؛ بَرِئَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

(٢) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [١٣/٣].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْرَأُ عَنِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلْمُنَافَاةِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى الْمَالِكِ.

غاية البيان

عن الضَّمانِ عندَنا خلافًا لِزُفرَ والشَّافِعِيِّ رضي الله عنهما[١]. كذا في نُسَخ «طريقة الخلاف»[٢].

وقال في «التحفة»: «وفي المُسْتَأْجِرِ والمُسْتَعِيرِ إذا خالفا ثم تَركا الخلافَ؛ يَبقى الضَّمانُ، وعندَ بعضِهم هذا بمنزلةِ المُودَعِ»[٣]. كذا في «التحفة».

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»[٤]: وفي الْإِجَارةِ والْإِعَارةِ: الأصحُّ أنه لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ بالعَوْدِ إلى الوفاقِ، واختَلف المشايخُ في أن العينَ بالخلافِ هل تَدْخُلُ في ضمانِه أمْ لا؟

قال بعضُهم: لا تَدْخُلُ في ضمانِه، حتى لو هلَك في حالةِ الخلافِ لا يَضْمَنُ، وإليه ذهَب الفقيهُ أبو جعفرٍ الهِنْدُوَانِيُّ، والصحيحُ: أنه يَدْخُلُ في ضمانِه بالخلافِ، فإن محمدًا رحمه الله نصَّ في الكتابِ: أنه إذا هلَك في حالةِ الخلافِ، واختَلفا في القِيمةِ؛ فالقولُ قولُ المُودَعِ، والبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المالكِ. كذا ذكَر الإمامُ علاءُ الدينِ العالمُ في «طريقة الخلاف»[٥].

وقال في «الطريقة البرهانية»: «والأصحُّ: أن العينَ تَدْخُلُ في ضمانِه؛ لأن محمدًا رحمه الله ذكَر بلفظِ البَرَاءَةِ، والبَرَاءَةُ إنما تَكُونُ بعدَ الوجوبِ[٦]».

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١٢٥/٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١١١]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٣٠٤/٧].

(٢) ومِن هذه النُّسَخ: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧١ - ٢٧٢].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٧٢/٣].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٦٠].

(٥) ومِن هذه النُّسَخ: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧١ - ٢٧٢].

(٦) وقع بالأصل: «بمعنىٰ: الوجوب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

وجهُ قولِهما: أن عقْدَ الوَدِيعَةِ ارتفع بالخلافِ؛ لأن [٢٤١/٦ظ/م] الخلافَ خيانةٌ، والوَدِيعَةُ أمانةٌ، وبينَ الخيانةِ والأمانةِ منافاةٌ، فلا يَجْتَمِعانِ، فلا يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ؛ لأنه لو بَرِئَ إمَّا أن يَبْرَأَ بالإبراءِ، أو بالردِّ إلىٰ المالكِ، أو بالردِّ إلىٰ نائبِ المالكِ [٤٤٧/٢و]، ولم يُوجَدْ واحدٌ مِن هذه الأشياءِ، فلا يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ.

والحاصلُ: أنهما اعتبَرا الخلافَ فِعْلًا بالخلافِ قولًا، فإنه إذا جحَد الوَدِيعَةَ ثم أقرَّ؛ لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ، فكذا هنا.

ولنا: أن الأمرَ بالحفظِ باقٍ بعدَ الخلافِ لإطلاقِ الأمرِ؛ لأنه لم يَخْتَصَّ بوقْتٍ دونَ وَقْتٍ، ولهذا يَمْلِكُ إمساكَها علىٰ التأبيدِ، فإذا كان الأمرُ باقيًا، وحُكْمُه لزومُ الحفظِ المأمورُ به، وقد عاد إلىٰ الوفاقِ؛ كان حافظًا بحُكْمِ الأمرِ، فيَبْرَأُ عن الضَّمانِ؛ لأنه بالوفاقِ حصلَ الردُّ إلىٰ نائبِ المالكِ، وهو المودَعُ المأمورُ بالحفظِ.

غايةُ ما في البابِ: أنه بالخلافِ فوَّتَ الامتثالَ، وصحَّةُ الأمرِ ليستْ بموقوفةٍ علىٰ وجودِ الامتثالِ، ففواتُه في المستقبَلِ كيفَ يُعْدِمُه؟ ولا يَكُونُ الخلافُ ردًّا للأمرِ، لا من حيثُ الحقيقةُ، ولا من حيثُ الدِّلالةُ، أَلَا تَرىٰ أَنَّ أَمْرَ صاحبِ الشَّرِيعَةِ لا يَبْطلُ بالخلافِ.

فإذا كان الأمرُ باقيًا، وعاد إلىٰ الوفاقِ حالَ قيامِ الأمرِ؛ زال الضَّمانُ، وارتفَع حُكْمُ العقدِ الذي هو لزومُ الحفظِ المأمورُ به حالةَ الخلافِ ضرورةَ ثبوتِ نَقِيضِه، وهو تفويتُ الامتثالِ، لا بتصرُّفٍ وُجِدَ مِن المُودَعِ برَفْعِ العقدِ وإبطالِه، والثابتُ بالضرورةِ يتقدَّرُ بقَدْرِ الضرورةِ، فكان الارتفاعُ مقتصرًا علىٰ القدرِ الذي وُجِد الخلافُ، وفات المُوجِبُ لا غيرَ، فيَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ بالعَوْدِ إلىٰ الوفاقِ.

والدليلُ علىٰ أن الخلافَ لا يُبْطِلُ الأمرَ: أن مَن وَكَّلَ رجلًا بِبَيْعِ عبْدِه، فأعتَقه،

. . . .

أوْ رهَنه، أوْ باعَه بثمنٍ يسيرٍ، وقد أمَره أنْ يَبِيعَه بأكثرَ مِن ذلك لا يَجُوزُ ما فَعَله؛ لأنه خالَف وتعدَّىٰ، ومعَ هذا لا يَبْطُلُ الأمرُ، حتَّىٰ لا يَمْنَعَه مِن بَيْعِه في الثاني بِالثَّمَنِ الذي كان أمرَه به.

هذا الذي قُلنا مِن بقاءِ الأمرِ: ظاهرٌ فيما إذا كان الأمرُ مطلقًا، أما إذا كان مؤقَّتًا، فخالَف في الوقتِ فكذَلك؛ لأن الأمرَ إنما ثبَتَ التنصيصُ بقولِه: احفظ هذا المَتَاعَ شهرًا، وذلك القولُ قائمٌ حالَ الخلافِ؛ لأنه كان قائمًا قبلَ الخلافِ، فمنِ ادَّعىٰ الارتفاعَ بالخلافِ فعليه الدليلُ، فإذا كان قائمًا: فبالعَوْدِ إلىٰ الوفاقِ حَصَلَ الردُّ إلىٰ نائبِ المالكِ، فبَرِئَ عنِ الضَّمانِ.

حاصلُ ما في الباب: أن بالخلافِ دخَل العينُ في ضمانِه، ولكن مؤقَّتًا إلىٰ غايةِ الردِّ؛ بدليلِ قولِه ﷺ: «**عَلَىٰ الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ**»[1]. فإذا وُجِدَ الردُّ إلىٰ نائبِ المالكِ انْتَهَىٰ [٢٤٢/٦و/م] الضَّمانُ وزال.

والتحقيقُ في المسألةِ: أن الخلافَ ليس برافعٍ للأمرِ وضْعًا، وليس بمُضادٍّ له شرعًا.

بيانُ الأوَّلِ: أن الخلافَ أثَرُه في لُبْسِ الثوبِ، وركوبِ الدَّابَّةِ، وليس بموضوعٍ لرفعِ الأمرِ.

وبيانُ الثاني: أن الخلافَ أثرُه في تفويتِ الحفظِ المأمورِ به لا يُنَافِي الطلبَ، بل تحقَّقَ شرْطُ الطلبِ؛ لأن الطلبَ أبدًا إنما يَكُونُ في المَعْدُومِ لا الموجودِ، فإذا كان مُقرَّرًا للطلبِ، كيفَ يَكُونُ مُنافِيًا للطلبِ.

فَإِنْ قُلْتَ: سَلَّمْنا أن الخلافَ ليس برافِعٍ للأمرِ وَضْعًا ولا دلالةً، ولكن لم

---

(١) مضىٰ تخريجه.

. . . .

قُلْتَ بأنه لم يَتَضَمَّن مَعْنَى ذلك المعنى، يَقْتَضِي انفساخَ العقدِ.

بيانُه: أن المُودَعَ طلب مِن المُودَعِ تمليكَ المنافعِ، والمُودَعُ ملَّكَه، فيَكُونُ هذا عقدُ الإِعَارةِ؛ لأن الإِعَارةَ تمليكُ المنفعةِ، وبالخلافِ استرَدَّ ما أعار؛ لأنه كان حافظًا لمالِكِه [٤٤٧/٢ظ]، والآن صار حافظًا لنفسِه، وإذا كان حافظًا لنفسِه؛ [يَكُونُ قابضًا لنفسِه][1]، فلا يَكُونُ قابضًا لمالِكِه، وصار هذا كما إذا كانتِ العَارِيَّةُ عينًا، فاستردَّ؛ تَنْفَسِخُ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أن المُودَعَ مُعِيرٌ، بدليلِ أنه يَمْلِكُ قبولَ الوَدِيعَةِ مِن أُناسٍ شتَّى، ولو كان مُعِيرًا لَمَا ملَك.

ولئِنْ سَلَّمْنَا بأنه مُعِيرٌ، ولكن لَا نُسَلِّمُ بأن الخلافَ استردادُ ما أعار، سَلَّمْنا أنه كان حافظًا لمالِكِه، فصار حافظًا لنفسِه.

ولكن نَقُولُ: قبْضُ العَارِيَّةِ إنما يُوجِبُ الانفساخَ باعتبارِ العجزِ، والعجزُ هنا ليس بثابتٍ، فإن القدرةَ قائمةٌ.

والجوابُ عن مسألةِ الجُحُودِ فنَقُولُ: رُوِيَ عن أبي يوسفَ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: أنه إذا جحَد الوَديعةَ في حالِ غيْبةِ المُودَعِ؛ لا يَضْمَنُ، فنقولُ: لَا نُسَلِّمُ أنه يَضْمَنُ إذا عاد إلى الوفاقِ.

ولئِنْ سَلَّمْنَا فنَقُولُ: إن الجحودَ فسْخٌ للعقدِ؛ لأنه إنكارٌ مِن الأصلِ، ولهذا إذا تجاحَد المتبايعانِ؛ انفسَخ البَيْعُ بينهُما، فكان الجحودُ كنايةً عن الفَسْخِ، فإذا انفسخَتِ الوَدِيعَةُ بِالجحودِ؛ لم تَعُدْ إلا بعَقْدٍ جديدٍ، ولم يُوجَدْ، فلَمْ يَزُلِ الضَّمانُ بالإقرارِ بعدَ ذلك، بخلافِ خلافِ المُودَعِ معَ الاعترافِ؛ لأنه لا يَزُولُ الأمرُ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

بالحفظِ، فإذا عاد إلى الوفاقِ زال الضَّمانُ بزوالِ سببِه.

وأمَّا **مسألةُ العَارِيَّة**: فالجوابُ عنها على التفصيلِ: إنِ استعار ذاهبًا لا جائيًا؛ لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ، وإنِ استعار ذاهبًا وجائيًا بَرِئَ عن الضَّمانِ.

والفِقْهُ فيه: أنه إذا استَعار ذاهبًا لا جائيًا، فإذا بلَغ المكانَ انتهَى العقدُ، فإذا جاوَز دخَل العينُ في ضمانِه، فإذا عاد عاد والأمرُ ليس بباقٍ، فلا يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ.

وأمَّا إذا استعار ذاهبًا وجائيًا، فإذا بلَغ ذلك المكانَ[1]؛ لا يَنْتهي العقدُ، فإذا جاوَز دخَل العينُ في ضمانِه، فإذا عاد [٦/٢٤٢ظ/م] عاد والأمرُ باقٍ، فيَبْرَأُ عنِ الضمانِ.

وخرَج الجوابُ أيضًا عن مسألةِ الإِجَارةِ على هذا الوجهِ، هذا [على][2] ما قيل: إن المُسْتَأْجِرَ والمُسْتَعِيرَ كَالمُودَعِ.

والجوابُ على الأصحِّ: أن يدَ المُسْتَأْجِرِ لنفسِه لا للمالكِ، فهو وإنْ أزال[3] التعدِّيَ لم يَرُدَّهُ إلى المالكِ ولا إلى نائبِه، وكذلك المُسْتَعِيرُ؛ لأن يدَه لنفسِه لا للمالكِ، بخلافِ المُودَعِ، فإن يدَه يدُ المالكِ؛ لأنه نائبُهُ لقيامِ الأمرِ.

والباقي يُعْلَمُ في نُسَخِ **«طريقة الخلاف»**[4]، خصوصًا في **«الطريقة البرهانية»** المطوَّلةِ؛ أعني: طريقةَ الصدْرِ الكبيرِ البُرْهانِيِّ الأجَلِّ صاحبِ **«المحيط»** أبي محمَّدٍ عبدِ العزيزِ[5] بنِ عمرَ بنِ أبي سهلٍ المعروفِ بمَازَه البُخَارِيِّ[6] رحمةُ اللهِ عليه.

---

(١) وقع بالأصل: «ذلك الحال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «زال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) **ومن هذه النُّسَخ**: ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧١ - ٢٧٢].

(٥) وقع بالأصل: «ابن عبد العزيز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٦) كذا قال المؤلف! وصاحبُ «المحيط»: هو محمود - أو محمد - بن أحمد بن عبد العزيز بن عُمر=

وَلَنَا: أَنَّ الْأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ الْعَقْدِ ضَرُورَةُ ثُبُوتِ نَقِيضِهِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا، فَتَرَكَ الْحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي الْبَاقِي فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَىٰ نَائِبِ الْمَالِكِ.

قَالَ: فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا؛ ضَمِنَهَا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَقَدْ عَزَلَهُ

غاية البيان

قولُه: (فَإِذَا ارْتَفَعَ)، أي: نَقِيضُ حُكْمِ العقدِ ارتفَع بالعَوْدِ إلى الوفاقِ، ونقِيضُه تفويتُ الامتثالِ.

والنقيضُ: الشيءُ الذي يَلْزَمُ مِن وجودِه ارتفاعُ ما يُقابِلُه، ومِن ارتفاعِه: وجودُ ما يُقابِلُه، (عَادَ حُكْمُ الْعَقْدِ)، وهو لزومُ الحفظِ المأمورُ به.

قولُه: (فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَىٰ نَائِبِ الْمَالِكِ)، يعني: لَمَّا عاد حُكْمُ العقدِ بالعَوْدِ إلى الوفاقِ؛ حَصَلَ رَدُّ الوَدِيعةِ إلى نائبِ المالكِ، وهو المُودَعُ، فبَرِئَ عنِ الضَّمانِ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا؛ ضَمِنَهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فإنْ عاد إلى الاعترافِ لم يَبْرَأْ عنِ الضَّمانِ»[1].

قَيَّدَ بِالْجُحُودِ عندَ الطلبِ؛ لأنه إذا جحَد عندَ غيرِ صاحبِها ـ لا بناءً على الطلبِ ـ لا يَضْمَنُ.

= بن مَازَه البخاريُّ المرْغِينانيُّ، بُرهان الدِّين. وهو صاحب: «الطَّرِيقَة البرهانية» أيضًا، ولعله اشتبَه على المؤلِّف بـ: عبد العزيز بن عُمَر بن مازه الْمَعْرُوف ببرهان الأئمة أبي محمد. وَالِد عُمر بن عبد العزيز الملقَّب بـ الصدر الشَّهِيد. وقد تقدَّمَتْ ترجمة الرَّجُلَيْن.

وسوف يتكرر هذا الوهم للمؤلف في مواضع تأتي، وقد نبَّه عليه حاجي خليفة في: «كشف الظنون» [١٦١٩/٢] فقال: «وَهِم الإتقانيُّ، حيث قال في المأذون، مِن «غاية البيان»: «قال برهان الدين، الصدر الكبير، صاحب (المحيط): عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل، المعروف: بمازه في طريقة الخلاف... إلخ». انتهى. فظن أن «المحيط» له، وإنما وقَع في الغلط لاشتراكهما في اللقَب».

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٣١].

عَنِ الْحِفْظِ، فَبَعْدَ ذَلِكَ هُوَ بِالْإِمْسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيَضْمَنُهَا، فَإِنْ عَادَ إِلَى الِاعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ عَنِ الضَّمَانِ لِارْتِفَاعِ الْعَقْدِ، إِذِ الْمُطَالَبَةُ بِالرَّدِّ رَفْعٌ مِنْ جِهَتِهِ،

حكى في «خلاصة الفتاوى» عن «نُسْخةِ[1] الإمامِ السَّرَخْسِيِّ رحمه الله»: «إذا جحَد الوَدِيعَةَ في وجهِ المالكِ، لا بناءً على الطلبِ مِن المالكِ، بأنْ قال المالكُ: «ما حالُ وديعَتِي» لِيَشْكُرَه على الحفظِ، فقال: ليس لك عندِي وَدِيعَةٌ؛ لا يَضْمَنُ في قولِ أبي يوسفَ رحمه الله، وقيَّدَ بِالْجحودِ عندَ صاحبِها؛ لأنه إذا جحَدها عندَ الأجنبيِّ لا يَضْمَنُ»[2].

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه» [٢/٤٤٨و]: «رَجلٌ سأل مُودَعَ إنسانٍ: هل عندَك مالُ فلانٍ؟ فقال: لا؛ لا يَضْمَنُ لأن الجحودَ حالَ غَيْبةِ المالكِ ليس بمُبْطِلٍ للعقدِ»[3].

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو جحَد الوَدِيعةَ في حالِ غَيْبةِ المُودَعِ: رُوِيَ عن أبي يوسفَ رحمه الله: أنه لا يَضْمَنُ، وعندَ زُفرَ يَضْمَنُ»[4].

وذكَر في «المختلف» في بابِ زُفرَ: «إذا قال أجنبيٌّ للمُودَعِ: أعندَك وَدِيعةُ فلانٍ؟ فقال: لا، ضَمِن، وعندَنا: لا يَضْمَنُ»[5].

له: أنه جحَد الوَدِيعَةَ، فيَضْمَنُ، كما لو كان المالكُ حاضرًا، وكالاستهلاكِ عندَ غَيْبتِه.

ولنا: أن جحودَ الوَديعةِ عندَ الأجنبيِّ مِن تمامِ الحفظِ؛ لأنه ربَّما يَخافُ على الوَدِيعةِ مِن جهتِه، فلا يَكُونُ سببًا لِلضَّمانِ، بخلافِ حالِ حَضْرةِ المالكِ، ثم

(١) في «غ»: «عن شيخه». والمثبت هو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيِّ [ق٣٨٨/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٥٩].
(٣) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٨].
(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٣١٨].
(٥) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٣٤٦].

. . . .

بالاعترافِ بعدَ الجحودِ عندَ المالِ لا يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ إلا بالتسليمِ إليه؛ لأن المُودَعَ لَمَّا طالبَه بالردِّ فقد عزَلَه عن الحفظِ؛ لأن المُودَعَ كان وكيلًا بحِفْظِ الوَدِيعَةِ، والعزْلُ فسْخٌ [٦/٢٤٣و/م] مِن جهةِ المالكِ.

فإذا جحَد الوَدِيعَةَ بحَضْرةِ صاحبِه؛ حَصَلَ الفَسْخُ مِن جهَتِه أيضًا؛ لأنه إنكارٌ مِن الأصلِ، فتمَّ الفَسْخُ، فبَقِيَ الشيءُ في يدِه لا على وجْهِ الأمانةِ، فصار كقَبْضِ الغصبِ، ثم بعدَ ارتفاعِ العقدِ لا يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ بالاعترافِ؛ لأن العقدَ لا يَعُودُ إلا بالاستئنافِ[1]، ولم يُوجَدْ.

والجحودُ قد يَكُونُ فسْخًا، كما في جحودِ الوَكِيلِ الوَكالةَ بحَضْرةِ صاحبِه، وكما في مُتَعاقِدي البَيْعِ إذا تجاحَدا؛ كان ذلك فسْخًا للبَيْعِ، بخلافِ خلافِ المُودَعِ فِعْلًا إذا وافَق، حيثُ يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ لقيامِ الأمرِ، وقد مَرَّ بيانُ الفرقِ.

وقال في كتابِ الغصبِ مِن «الأجناس»: «وأمَّا المُودَعُ إذا جحَد الوَدِيعةَ: كان شيخُنا أبو عبدِ اللهِ الجُرْجَانِيُّ ﵀ يَقُولُ: إنه على وجْهَيْنِ: إنْ نقَل الوَدِيعةَ عن الموضعِ الذي كان فيه حالَ جحودِه وهلَكتْ، ضَمِنَ، وإنْ لم ينْقُلْها عن موضِعِها حتَّى هلَكَتْ، لا يَضْمَنُ»[2].

ونَقَلَ في «خلاصة الفتاوى» عن «المنتقى»: «إذا كان الوَدِيعةُ أو العَارِيَّةُ مما يُحَوَّلُ؛ يَضْمَنُ بِالْجُحُودِ وإنْ لم يُحَوِّلْها»[3].

وقال في أوَّلِ كتابِ «الوَدِيعةِ» من «الأجناس»: «الأمانةُ تَنْقَلِبُ مَضْمُونَةً بالموتِ إذا لم يُبَيِّنْ إلَّا في ثلاثِ مسائلَ:

---

(١) في «غ»: «بالاستيفاء».

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٨٧/١].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٥٩].

....

إحداها: مُتَوَلِّي الأوقافِ إذا مات ولا يُعْرَفُ حالُ غَلَّتِها التي أخَذَها، ولم يُبَيِّنْ لا ضَمانَ عليه، ذكَره في كتابِ «الوقف» لهلالِ البَصْرِيِّ رحمه الله.

والثانيةُ: السلطانُ إذا خرَج إلىٰ الغزوِ وغَنِموا، فأودَع بعضَ الوَدِيعَةِ بعضَ الغانمين ومات ولم يُبَيِّنْ عندَ مَن أوْدَع لا ضَمانَ عليه. ذكَره في «**السِّيَر الكبير**».

والثالثةُ: أحدُ المتفاوِضَيْنِ[1] في يدِه مالُ الشَّرِكَةِ، ومات ولم يُبَيِّنْ؛ لا ضَمانَ عليه. ذكَرَه في كتابِ «**السِّيَر**» الأصلِ[2].

وذكَر في «**الواقعات**» في بابِ الوَدِيعةِ بعلَامةِ النونِ: «المُودَعُ إذا قال: دفنْتُ الوَدِيعَةَ في مكانِ كذا ونسيتُ موضعَها، فهذا علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا إنْ قال: دفنتُها في دارِي، أوْ في كَرْمي[3]، أوْ في موضعٍ آخرَ؛ ففي الوجهِ الأوَّلِ والثاني: لا يَضْمَنُ إذا كان للدارِ والكَرْمِ بابٌ؛ لأنه ليس بتَضْييعٍ، وفي الوجهِ الثالثِ: يَضْمَنُ لأنه تضييعٌ».

وذكَر في هذا البابِ أيضًا: «إذا قال المُودَعُ: سقَط منِّي الوَدِيعَةُ فضاعت؛ لا يَضْمَنُ، ولو قال: أسقطتُ يَضْمَنُ؛ لأن هذا تضييعٌ».

ونقَل في «الأجناس» عن «نوادر ابن رسْتُم»: «إذا ادَّعىٰ المُسْتَوْدَعُ ضياعَ الوَدِيعَة منذُ عشرةِ أيَّامٍ، فقال صاحبُ الوَدِيعَةِ: أنا أُقِيمُ البَيِّنَةَ أنها كانت في يدِه منذُ يومَيْنِ، فقال المُسْتَوْدَعُ: وجدتُها بعدَ ذلك فضاعت؛ صُدِّقَ [٢/٤٤٨ظ]، فإن قال حين خُوصِمَ: ليس له عندِي وَدِيعَةٌ، ثم قال: وجدتُها فضاعت؛ ضَمِن»[4].

---

(١) في و«ج»: «المتعاوضَيْنِ».

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٤٨١ - ٤٨٢]، ولفظه: «ذكره في كتاب شركة الأصل».

(٣) **الكَرْمُ**: شجيرة مِن فصيلة الكَرْمِيَّات، تُزْرَع مُنْذ القِدَم، تُعْطِي عَنَاقِيدَ العنب. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٤٨٠ - ٤٨١].

وَالْجُحُودُ فَسْخٌ مِنْ جِهَةِ الْمُودِعِ كَجُحُودِ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ، وَجُحُودِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْبَيْعَ فَتَمَّ الرَّفْعُ، أَوْ لِأَنَّ الْمُودَعَ يَتَفَرَّدُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُسْتَوْدِعِ كَالْوَكِيلِ يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ لَا يَعُودُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ فَلَمْ يُوجَدِ الرَّدُّ إِلَىٰ نَائِبِ الْمَالِكِ، ....

غاية البيان

وكتَبْنا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

قولُه: (كَجُحُودِ الْوَكِيلِ الْوَكَالَةَ)، يعني: بمَحْضَرٍ مِن المُوَكِّلِ، وذلك [٦/٢٤٣ظ/م] لأنه ترَكَ الالتزامَ، فكان فسْخًا.

ونَقَلَ في «الأجناس» عن «نوادر ابن سماعة» عن محمد ﷺ: «إذا وَكَّلَ ثم قال: لم أُوَكِّله؛ لم يَكُنْ رجوعًا وعَزْلًا عن الوَكَالَةِ»[(١)].

وفي غَصْبِ «الأجناس» نَقَل عن وصايا «الأصل»[(٢)]: «إذا أوْصَىٰ ثم أنكَر الوَصِيَّةَ فقال: لم أُوصِ؛ فهو رجوعٌ»، وقال في «الجامع الكبير»: «لا يَكُونُ رجوعًا»[(٣)]. وفي «نوادر ابن شجاع[(٤)]»: عن محمَّدٍ ﷺ: «إذا أَوْصَىٰ الرَّجُلُ ثم قال: لم أُوص له لم يَكُنْ رجوعًا. ولو قال: اشهَدُوا أني لا أُوصِي له؛ فهو رجوعٌ، وكذلك لو وَكَّلَ وكيلًا بِبَيْعِ عبْدٍ له ثم قال: اشهَدُوا أني لم أُوَكِّلْه؛ فهو كَذِبٌ، وهو وكيلٌ، ولو قال: اشهدوا أني لا أُوَكِّلُه بِبَيْعِ العبدِ؛ فهو عزْلٌ، ولو شهِدُوا عليه بالكفرِ فجَحد، وقال: ما تَلَفَّظْتُ به؛ يَكُونُ ذلك توبةً ورجوعًا منه»[(٥)].

قولُه: (فَتَمَّ الرَّفْعُ)، أي: رَفْعُ عقْدِ الوَدِيعَةِ، وهو فسْخُه.

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٤٨١].
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٤٣٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٣) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٩٥].
(٤) في «الأجناس» قال: وفي نوادر بن سماعة.
(٥) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٤٨١].

بخلاف الْخلاف ثُمَّ الْعَوْدُ إِلَى الْوِفَاقِ.

وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا ؛ لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِزُفَر ؛ لِأَنَّ الْجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ قَطْعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ أَوْ طَلَبِهِ فَبَقِيَ الْأَمْرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ.

قَالَ: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ بِالْوَدِيعَةِ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ [١٠٤/و] ﷺ ....

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ الْخِلَافِ)، أي: فِعْلًا.

قولُه: (وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا ؛ لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِزُفَرَ ﷺ). هكذا ذكَر الخلافَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» بينَ أبي يوسفَ وزُفَرَ، وذكَر في «المختلف» وقال: «عندنا لا يَضْمَنُ»[(١)].

ونَقَلَ في «الأجناس» عن «اختلاف زفر»: «عندَ أصحابِنا لا ضَمانَ عليه، وقال زفرُ: يَضْمَنُ»[(٢)].

قولُه: (أَوْ طَلَبِهِ)، أي: بغيرِ طلبِه.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ)، أي: كان الجحودُ بحَضْرةِ صاحبِ الوَدِيعَةِ.

قولُه: (قال: وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ بِالْوَدِيعَةِ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[(٣)]، ولم يَذْكُرِ القُدُورِيُّ فيه الخلافَ.

وقال في «شرح الأقطع»: «هذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ ﷺ إلا في موضعٍ

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٣٤٦/٣].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٧٩/١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

غاية البيان

واحدٍ، وهو أن يَكُونَ طعامًا كثيرًا، فإنه يَضْمَنُ استحسانًا إذا سافَر به لا قياسًا، وقال أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: لا يجوز أن يسافر بمالِه حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ»(١).

وقال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ: «ولو أن المُودَعَ سافَر بمالِ الوَدِيعةِ: إنْ كان الطريقُ مَخُوفًا ضَمِن، وإنْ كان غيرَ مَخُوفٍ لم يَضْمَنْ إلا إذا نَهاه صاحبُ المالِ عن السفرِ به، فحينَئذٍ يَضْمَنُ، وَرُوِيَ عن أبي يوسفَ ومحمد ﷺ أنهما قالا: إذا كانتِ الوَدِيعةُ لها حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، فسافَر بها ضَمِن»(٢).

وقال الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالمُ ﷺ في «طريقة الخلاف»: «إذا كان لها حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ فعندَ أبي حنيفةَ: لا يَضْمَنُ، سواءٌ كان السفرُ قريبًا أوْ بعيدًا، وقال محمَّدٌ: يَضْمَنُ، سواءٌ كان قريبًا أوْ بعيدًا، وقال أبو يوسفَ ﷺ: إنْ كان بعيدًا يَضْمَنُ، وإلَّا فلا»(٣).

ثم قال: «وأجمَعُوا على أن الطريقَ إذا كان مَخُوفًا يَضْمَنُ كيفَ ما كان».

ثم قال: «وأجمَعُوا على أنه لو سافَر بِالوَديعةِ في البحرِ يَضْمَنُ»(٤).

وقال فخر الدين قاضي خان ﷺ في «شرح الجامع الصغير»: «وأجمَعوا على أن الأبَ أو الوَصِيَّ إذا سافر بمالِ اليَتيم لا يَضْمَنُ، والوَكِيلُ بالبيعِ [٦/٢٤٤و/م] إذا سافَر بما وُكِّلَ بِبَيْعِه، قالوا: إن [قَيَّدَ](٥) بمكانٍ بأنْ قال: بِعْهُ بالكوفةِ، فسافرَ به يَضْمَنُ، وإنْ أطلَق إطلاقًا، فسافَر به لا يَضْمَنُ إذا سُرِقَ أو ضاع فيما لا حَمْلَ له،

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤١٥].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٣١٨].
(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٧٤].
(٤) المصدر السابق.
(٥) ما بين المعقوفتين: في «م»: «قيَّده».

. . . .

ويَضْمَنُ فيما له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ». ونقلَه عن كتابِ «**الصَّرْف**» لشمسِ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيِّ.

ثم قال فخرُ الدِّين قاضي خان ﷺ: «هذا إذا كان الطريقُ آمنًا، فإن كان مَخُوفًا وللمُودَعِ بُدٌّ مِن السفرِ؛ ضَمِن بالاتِّفاقِ، وكذا الأبُ [٤٤٩/٢و] والوَصِيُّ، وإنْ كان مَخُوفًا ولا بُدَّ مِن السفرِ: إنْ سافَر بأهلِه لا يَضْمَنُ، وإنْ سافَر بنفسِه ضَمِن؛ لأنه لا يُمْكِنُه أن يَتْرُكَهَا في أَهْلِه، وكذلك الأبُ والوصيُّ».

وجهُ قولِهما: أن المالكَ تَلْحَقُهُ مُؤْنَةُ الردِّ، والظاهرُ أنه لا يَرْضَىٰ بها، فيَتَقَيَّدُ بمكانِ الوَدِيعةِ، وهذا لأن المُودَعَ يَجُوزُ أن يَمُوتَ في بعضِ الطريقِ، فيَلْزَمُ المالكُ الردَّ، والظاهرُ أنه لا يَرْضَىٰ بما يَلْحَقُهُ مِن مُؤْنَةِ الردِّ.

ثم أبو يوسفَ ﷺ جعَل الخروجَ القصيرَ عفوًا؛ لأنه قليلٌ قياسًا علىٰ الغَبْنِ اليسيرِ في التجاراتِ، وأنه عفوٌ بالإجماعِ، وقال محمَّدٌ ﷺ: لا ضرورةَ في الخروجِ بما له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، فلا يُجْعَلُ عفوًا كيف ما كان؛ لعدمِ الضرورةِ.

ولأبي حنيفةَ ﷺ: أن الأمرَ بحفظِ الوَدِيعةِ مُطْلَقٌ؛ لأن صاحِبَها لم يَخُصَّ مكانًا دونَ مكانٍ، فكان للمُودَعِ أن يَحْفَظَها حيثُ شاء؛ عملًا بالإطلاقِ، كما يَحْفَظُ مالَه؛ لأن الإنسانَ يحفَظُ مالَه حيثُ هو، فكذا يَلْزَمُه حِفْظُ الوَدِيعَةِ حيثُ هو، وحِفْظُ المالِ في السفرِ معهودٌ مُطْلَقٌ في الشَّرِيعَةِ، ولهذا إذا فعَل الأبُ أو الوَصِيُّ ذلك لا يَضْمَنُ إذا كان الطريقُ آمِنًا.

ولأن المُودَعَ ربَّما يَحْتَاجُ إلىٰ السفرِ لمَصالِحه، فبَعْدَ ذلك إمَّا أن يَتْرُكَ السفرَ لحفظِ الوَدِيعَةِ، فلا يَلْزَمُه ذلك؛ لأنه لم يَلْتَزِمْهُ[١] أوْ يُودِعَ الوَدِيعَةَ عندَ غيرِه، فليس له ذلك؛ لأنه يَضْمَنُها أو يَسْتَأْجِرُ مكانًا لحِفْظِها، فلا يَلْزَمُه ذلك أيضًا؛ لأنه ضَمانٌ

(١) وقع بالأصل: «لم يلزمه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

لا يلزمه ذلك، فَلَمْ يَبْقَ وَجْهٌ إلا أن يسافر بِالوَدِيعَة.

فَإِنْ قُلْتَ: الغالبُ في المَفازَةِ الهلاكُ، يَدُلُّ عليه قولُه ﷺ: «الْمُسَافِرُ وَمَالُهُ عَلَىٰ قَلَتٍ[1] إِلَّا مَا وَقَى اللهُ»[2].

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ إذا كان الطريقُ آمنًا، وكلامُنا فيما إذا كان آمنًا، والحديثُ وردَ في ابتداءِ الإسلامِ، حيثُ كانتِ الطرقُ مَخُوفةً بسببِ غلَبةِ الكفَّارِ، ولا كلامَ لنا فيه.

فَإِنْ قُلْتَ: إن الحفظَ المأمورَ به هو الحفظُ مِن كلِّ وجهٍ، وهو الحفظُ في المِصْرِ، فإذا سافر ترَك ذلك، فيَلْزَمُهُ الضَّمانُ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنه ترَك الحفظَ مِن كلِّ وجهٍ، بل أتىٰ به مِن كلِّ وجهٍ؛ لأنه ما فات شيءٌ مِن أسبابِ الحفظِ؛ لأنها بحمايةِ السلطانِ والأمنِ، وكلُّ ذلك حاصلٌ، فلا ضَمانَ إِذَنْ بخلافِ البحرِ، فإن الهلاكَ [٦/٢٤٤ظ/م] فيه [غالِبٌ بالرياحِ والأمواجِ وغيرِ ذلك، ولَئِنْ لم يَكُنِ الهلاكُ][3] غالبًا فالنجاةُ ليست بغالبةٍ، بل كلُّ واحدٍ منهما محتَملٌ علىٰ السواءِ، فلا يُحْكَمُ بالنجاةِ بالاحتمالِ، فيَضْمَنُ.

فَإِنْ قُلْتَ: الحفظُ في السفرِ لم يَدْخُلْ تحتَ الإطلاقِ؛ لأنه ليس بمتعارَفٍ؛

---

(١) أي: علىٰ هلاك. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) أخرجه: أبو طَاهِرٍ السلفيُّ في «أَخْبَار أبي الْعَلَاء المعري» كما في: «البدر المنير» لابن الملقن [٣٠٦/٧]، ومن طريقه ابن العديم في «الإنصاف والتحرِّي في دَفْع الظلْم والتجَرِّي عن أبي العلاء المعَرِّي» [٧٩/٤/ مطبوع ضمن «إعلام النبلاء بتاريخ حلب الشهباء»]، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَوْ عَلِمَ النَّاسُ رَحْمَةَ اللهِ بِالْمُسَافِرِ؛ لَأَصْبَحَ النَّاسُ وَهُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ، إِنَّ الْمُسَافِرَ وَرَحْلَهُ عَلَىٰ قَلَتٍ، إِلَّا مَا وَقَى اللهُ».

قال السخاويُّ: «[أحاديث] كلها ضعيفة». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [٢٠٨٨/٥]. و«المقاصد الحسنة» للسخاوي [ص/٥٤٩].

(٣) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

. . . .

لأن العُرْفَ هو الحفظُ في الأمصارِ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أن الحفظَ في المصْرِ هو المتعارَفُ، أَلَا تَرىٰ أن أهلَ البَوادِي يَحْفَظُون أموالَهم ثَمَّةَ، ولا يَنْقُلُونَها إلىٰ المصْرِ، كما يَحْفَظُ أهلُ المصْرِ فيه.

أو نَقُولُ: العُرْفُ مشتركٌ فلا يَصْلُحُ مُقيِّدًا للإطلاقِ بالاحتمالِ.

أو نَقُولُ: الحفظُ في المصرِ إنَّما يُرادُ به لكونِه حفْظًا، لا لكونِه في المصْرِ، وكلُّ موضعٍ تحَقَّقَ فيه الحفظُ دخَل تحتَ الإطلاقِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَرِدُ عليكم هنا مسألتان: إحدَاهما:

إذا وَكَّلَ رجلًا بالبيعِ، فسافَر بالمالِ يَضْمَنُ، والأمرُ بالبيعِ تقَيَّد بمكانِ البَيْعِ عادةً وهو المصرُ.

وكذلك إذا استأجَر رجلًا ليَحْفَظَ مالَه بدرهمٍ شهرًا، فسافَر بذلك المالِ؛ فإنه يَضْمَنُ، والأمرُ بالحفظِ ثبَتَ مطلقًا، ومعَ هذا تقَيَّد بمكانِ الحفظِ عادةً وهو المصرُ.

قُلْتُ: قالوا [في][1] مسألةِ التَّوْكِيلِ قياسٌ واستحسانٌ:

فعلىٰ وجهِ القياسِ: يُمْنَعُ عملًا بالإطلاقِ.

وعلىٰ وجهِ الاستحسانِ نَقُولُ: إنه مأمورٌ بالبيعِ، وليس بمأمورٍ بالحفظِ مقصودًا، وإنما ثبَتَ كونُه مأمورًا بالحفظِ ضرورةً، ولهذا ملَك البَيْعَ مطلقًا، حتىٰ لو [٤٤٩/٢ظ] باع بمصرٍ آخرَ جاز، ولكن لَمَّا ثبَتَ الحفظُ بطريقِ الضرورةِ، والثابتُ بالضرورةِ يَرْتَفِعُ بمكانِ الحفظِ بطريقِ الضرورةِ عادةً وهو المصرُ، فلا ضرورةَ إلىٰ غيرِه.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي الْوَجْهَيْنِ، لأبي حَنِيفَةَ ﷺ إِطْلَاقُ الْأَمْرِ، وَالْمَفَازَةُ مَحِلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَىٰ بِهِ فَيَتَقَيَّدُ، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالْحِفْظِ الْمُتَعَارَفِ وَهُوَ الْحِفْظُ فِي الْأَمْصَارِ، وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ.

غاية البيان

ولأن الثابتَ بالضرورةِ لا يَصِحُّ فيه التعميمُ، فلا يُرَادُ غيرُ المصْرِ لإرادةِ المصرِ بالإجماعِ؛ لئَلَّا يَلْزَمَ التعميمُ.

وأمَّا **مسألةُ الْإِجَارةِ**: فإنها تمليكُ المنفعةِ بعِوَضٍ، فكانتِ المنفعةُ تسليمُها مستحقًّا بالعقدِ، فتَعَيَّن مكانُ العقدِ للتسليمِ؛ لأن مكانَ العقدِ يتَعَيَّنُ في المُعَاوضاتِ، فإذا سافر ضَمِن؛ للخلافِ.

وأمَّا فيما نحن فيه: فلَمْ يتَعَيَّنْ مكانُ العقدِ لحِفْظِ الوَدِيعةِ؛ لأن المُودَعَ لم يَلْتَزَمْ ذلك فيه، فلَمْ يَضْمَنْ بالسفَرِ.

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: نقْلُ الوَدِيعةِ مِن قريةٍ إلىٰ قريةٍ: إنْ كان بينَهُما مسافةٌ تُسمَّىٰ سفرًا ضَمِن، وإنْ لم يَكُنْ فإنْ نقَل مِن قريةٍ آهِلَةٍ - أي: معمورةٍ - إلىٰ قريةٍ غيرِ آهِلَةٍ ضَمِنَ؛ لأن القريةَ الآهِلةَ أحرَزُ في حقِّه، وإنْ كان بالعكسِ لم يَضْمَنْ إلا إذا ظهَر نقصانُ الحِرْزِ في القريةِ الآهِلةِ. إلىٰ هنا لفْظُ «وجيزهم»[١].

قولُه: (وَإِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ).

(١) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٧/٣٠٠].

قُلْنَا: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلْزَمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةَ امْتِثَالِ أَمْرِهِ، فَلَا يُبَالَىٰ بِهِ وَالْمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي الْمِصْرِ لَا حِفْظُهُمْ، وَمَنْ يَكُونُ فِي الْمَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا، بِخِلَافِ الِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ.

وَإِذَا نَهَاهُ الْمُودِعُ أَنْ يَخْرُجَ بِالْوَدِيعَةِ، فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ؛

غاية البيان

الحَمْلُ: بالفتحِ مصدرُ: حَمَلَ الشيءَ؛ ومنه: ما لَه حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ. يَعْنون: ما له ثِقَلٌ يَحْتَاجُ في حَمْلِه إلىٰ ظَهْرٍ، أوْ أُجْرةِ حَمَّالٍ. كذا في «المغرب»[1].

قولُه: (مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلْزَمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةَ امْتِثَالِ أَمْرِهِ، فَلَا يُبَالَىٰ بِهِ)، جوابٌ عن قولِهما [٦/٢٤٥و/م]: إنه يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ الردِّ فيما لَه حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ.

يعني: سَلَّمْنا أن المَؤُونةَ تَلْحَقُ المالكَ إذا مات المُودَعُ في السفرِ، لكن إنما لَحِقَتْه مُؤْنَةُ الردِّ لا مُؤْنَةُ السفرِ؛ لأن الوَدِيعةَ ملْكُه، وقد بَعُدَتْ عنه لضرورةِ كونِ الوَدِيعةِ محفوظًا في ذلك المكانِ، بامتثالِ المُودَعِ أمْرَ المالِكِ مطلقًا، لا لمعنىً مِن قِبَلِ المُودَعِ، فلا يُبالَىٰ بلَحاقِ المَؤُونةِ ضرورةً وضِمْنًا.

قولُه: (فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي مَكَانِ الْعَقْدِ).

لَا يُقَالُ: موضعُ العقدِ في السَّلَمِ لا يَتَعَيَّنُ للإيفاءِ عندَ أبي حنيفةَ، حتىٰ جعَلَ بيانَ موضعِ الإيفاءِ مِن شرائطِ السَّلَمِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: التسليمُ ثَمَّةَ ليس بواجبٍ ثَمَّةَ في الحالِ، فلِهذا وجَبَ تعْيينُ المكانِ حتَّىٰ لا يُفْضِي إلىٰ الجهالةِ المفْضِيةِ إلىٰ المنازعةِ، بخلافِ الإِجَارةِ، فإن التسليمَ واجبٌ للحالِ، فيَتَعَيَّنُ مكانُ العقدِ للتسليمِ.

قولُه: (وَإِذَا نَهَاهُ الْمُودِعُ أَنْ يَخْرُجَ بالْوَدِيعَةِ، فَخَرَجَ بِهَا؛ ضَمِنَ).

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٢٥].

إِذِ الْحِفْظُ فِي الْمِصْرِ أَبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

قَالَ: وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً، فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطلَبُ نَصِيبَهُ؛ لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ حَتَّى يَحْضُرَ الْآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ.

غاية البيان

قال محمدٌ في أصْلِ «الجامع الصغير»: «فإنْ نهاه المُودِعُ أنْ يخرُجَ به، فخرَج [به][1] فهلَك؛ فهو ضامنٌ»[2].

وذلك لأنه إنما لم يَضْمَنْ بالسفرِ قبلَ النهيِّ؛ لأنه لم يخصَّ مكانًا دونَ مكانٍ، فكان له أنْ يُسَافِرَ؛ عمَلًا بتعميمِ الأمرِ، فإذا نهاه عن السفرِ والخروجِ عن مكانِ الوَدِيعةِ؛ فقد خصَّ مكانَ الوديعةِ بحِفْظِها فيه، فإذا خرَج فقد خالَف؛ لأنه ترَكَ امتثالَ الأمرِ، فيَضْمَنُ إذا هلَكت، والتقييدُ بالمصْرِ مفيدٌ فيُعْتَبرُ؛ لأن المصْرَ أحْرَزُ، فيَتَقَيَّدُ الحفظُ بالمصْرِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً، فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطلَبُ نَصِيبَهُ؛ لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ حَتَّى يَحْضُرَ الْآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَقَالَا: يُدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[3].

قال صاحبُ «الهداية» ﷺ: (وَالْخِلَافُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي «الْمُخْتَصَرِ»)، أي: في «مختصر القُدُورِيِّ» ﷺ[4].

وإنما قال: (وَهُوَ الْمُرَادُ)؛ لأن كلامَ القُدُورِيِّ بإطلاقِه يَشْمَلُ ما يُقْسَمُ وما لا يُقْسَمُ، فكان محتملًا للوجهيْنِ، فقال: المرادُ منه: ما يُقْسَمُ؛ استدلالًا بوَضْعِ «الجامع الصغير»؛ لأن محمدًا ﷺ قال فيه: «ثلاثةُ نفرٍ أودَعُوا رجلًا [٢/٤٥٠و] ألفَ درهمٍ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٠].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].
(٤) ينظر: المصدر السابق.

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: ثَلَاثَةٌ اسْتَوْدَعُوا رَجُلًا أَلْفًا، فَغَابَ اثْنَانِ فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَهُ ذَلِكَ، وَالْخِلَافُ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الْمُخْتَصَرِ.

غاية البيان

فغاب اثنان وجاء واحدٌ يُرِيدُ أنْ يَأْخُذَ نصيبَه. قال: ليس له أنْ يَأْخُذَه، وقال أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: له أنْ يأخذه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «**الجامع الصغير**».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وكذلك هذا الخلافُ في كلِّ الأموالِ التي تَحْتَمِلُ القِسْمَةَ.

وكذلك وضَعَ المسألةَ في «**مختصر الطَّحَاوِيِّ**» حيثُ قال: «ومَن استودَعه ثلاثةُ نفَرٍ مِن الدراهمِ أوْ ما سواها مما يُقْسَمُ، ثم جاء أحدُهم يَطْلُبُ نصيبَه منها، ولم يحْضُرْ صاحِباه لم يَكُنْ [٦/٢٤٥ظ/م] عليه أنْ يُعْطِيَهُ منها شيئًا، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ﷺ، وبه نَأْخُذُ، وقال أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: عليه أنْ يُعْطيه ثُلثها»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ ﷺ في «**مختصره**».

قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح مختصر الطَّحَاوِيِّ»: «وقال صاحباه: يَدْفَعُ نصيبَه إليه، ولا يَكُونُ هذا قِسْمَةً علىٰ الغائبِ، حتىٰ إن الباقيَ لو هلَك في يدِ المُودَعِ؛ كان للغائبِ[3] أن يُشَارِكَ القابضَ فيما قبَضَ، ولو هلَك المقبوضُ في يدِ القابضِ؛ فليس له أنْ يُشَارِكَ الغائبَ فيما بقِيَ»[4].

وقال الشيخُ أبو نصرِ البَغْدَادِيُّ ﷺ: «وهذا الخلافُ الذي ذكَره إنما هو في المَكِيلاتِ والمَوْزوناتِ. قاله أبو يوسفَ ﷺ استحسانًا، قال محمَّدٌ ﷺ: قولُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣١].
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦٤].
(٣) وقع بالأصل: «للقابض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٣١٨].

لَهُمَا أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِهِ؛ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، كَمَا فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ،؛ وَهَذَا لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، فَكَذَا يُؤْمَرُ هُوَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِ الْغَائِبِ؛ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْمُفْرَزِ وَحَقَّهِ فِي الْمُشَاعِ، وَالْمُفْرَزُ الْمُعَيَّنُ يَشْتَمِلُ عَلَى الْحَقَّيْنِ، وَلَا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودِعِ وِلَايَةُ الْقِسْمَةِ، وَلِهَذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ؛ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ؛ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا.

أبي حنيفةَ ﷺ أَقْيَسُ، وقولُ أبي يوسفَ أَوْسَعُ». إلى هنا لفظُ أبي نصرٍ في «شرح القُدُورِيِّ»، وكذلك قَيَّدَ الخلافَ في «إشارات الأسرار» بما يُكالُ أوْ يُوزَنُ، ولكنْ ذكَر محمدٌ الخلافَ في «الأصل» فيما يُقْسَمُ وفيما لا يُقْسَمُ.

قال في «الأصل»: «قُلْتُ: أرأيتَ رَجُلَيْنِ استودَعا دراهمَ، أوْ دنانيرَ، أوْ ثيابًا، أوْ دوابَّ أوْ عبيدًا، فجاء أحدُهما والآخرُ غائبٌ، فقال لِلْمُسْتَوْدَعِ: ادفعْ إليَّ حِصَّتي فأبَى ذلك، فتقدَّما إلى القاضي فقَصَّا القصَّةَ؛ أَيَنْبَغِي للقاضِي أنْ يَأْمُرَ المُسْتَوْدَعَ أن يَدْفَعَ إلى صاحبِه حِصَّتَه بغيرِ محضرٍ من الآخَرِ؟

قال: لا حتى يَجْتَمِعَ هو وصاحبُه جميعًا. قُلْتُ: لم؟ قال: أَلَا تَرَى أن المُسْتَوْدَعَ ليس بوكيلٍ، فكيفَ يَسْتَطِيعُ أنْ يَقْسِمَ المالَ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ﷺ، وقال أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: يقْسِمِ ذلك فيدْفعُ إليه حِصَّتَه، ولا تَكُونُ قِسْمتُه جائزةً على الغائبِ»»[1]. إلى هنا لفْظ محمَّدٍ ﷺ في «الأصل».

وقال الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «مختصره» المسمَّى بـ«الكافي»: «وإذا استودَعَ الرَّجُلانِ رجُلًا وَدِيعةً مِن دراهمَ أوْ دنانيرَ أوْ ثيابَ أوْ دوابَّ أوْ عبيدَ، ثم حضر

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٨/ ٤٣٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

قَوْلُهُ: لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يُجْبَرَ الْمُودِعَ عَلَى الدَّفْعِ

أحدُهما وطلَب نصيبَه منها لم يَكُنْ له حتَّىٰ يَجْتَمِعَا ؛ لأن المُسْتَوْدَعَ ليس بوكيلٍ في القِسْمَةِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يَدْفَعُ إليه نصيبَه، ولا تَكُونُ قِسْمَتُه جائزةً على الغائبِ».

وعلىٰ هذا الوجهِ: أثبتَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ الخلافَ في «**مختصره**»، ولم يُقَيِّدْهُ بما يُقْسَمُ، وكذلك ذكرَه شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ رحمه الله في قِسْمِ «**المبسوط**» مِن «**شامله**» وفي «**كفايته**».

وأورَد شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: حكايةَ الحَمَّامِيِّ، وهي: «أن رجُلينِ دخَلا حمَّامًا، ودفَعا إلى الحَمَّامِيِّ كيسًا مِن الدراهمِ، فخرَج أحدُهما قبلَ صاحبِه، وأخَذ الكيسَ مِن الحَمَّامِيِّ وذهَب به، فخرَج الآخَرُ وطلبَ منه الكيسَ، فقال: أخذَه [٦/٢٤٦و/م] صاحبُك، فتعلَّق به وطالَبه، وقال: إنَّا دفعناه إليك، وقد ضيعْتَ حقِّي بالدفعِ إليه وحْدَه، فجاء الحَمَّامِيُّ إلى أبي حنيفةَ رضي الله عنه مُسْتغيثًا به، وقَصَّ عليه القصَّةَ، فقال له أبو حنيفةَ: قل له: لا أدفعُه إليك وحْدَكَ ؛ لأنَّكُما دفَعتُماه إليَّ، ولكن ائْتِ بصاحبِك حتَّىٰ أدفعَه إليكما». فتخَلَّص عن دعوَاه بهذه الحِيلةِ.

وجهُ قولِهما: أن [٢/٤٥٠ظ] الحاضرُ طلَب نصيبَه فصحَّ، فيُؤْمَرُ بتسليمِ نصيبِه إليه، كما إذا كان الدَّيْنُ بينَ اثنينِ، فطلَب أحدُهما نصيبَه ؛ جاز للمَدْيونِ أن يَدْفَعَ إليه نصيبَه فكذا هذا، ولأن يدَ المُودَعِ كيدِ المُودِعِ، فلو كان المالُ في أيدي الشريكيْنِ ؛ كان لواحدٍ منهما أن يَأْخُذَ نصيبَه بغيرِ رِضا الآخَرِ، فكذلك هنا له أن يَأْخُذَ نصيبَه مِن المُودَعِ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن حقَّ الحاضرِ في الشَّائعِ، والمُودَعُ لا يَمْلِكُ تسليمَ

كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إِنْسَانٍ، **وَعَلَيْهِ أَلْفٌ** لِغَيْرِهِ، **فَلِغَرِيمِهِ** أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفَرَ بِهِ، وَلَيْسَ [١٠٤/ظ] لِلْمُودِعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.

غاية البيان

النصفِ مميَّزًا مقسومًا؛ لِمَا فيه مِن دَفْعِ نصيبِ الغائبِ أيضًا، ولا يَمْلِكُ المُودَعُ إفرازَ نصيبِ الحاضرِ؛ لأنه ليس بوكيلٍ عن الغائبِ، فلو صحَّ الإفرازُ لزِم القِسْمَةُ على الغائبِ، والمُودَعُ لا يَمْلِكُ القِسْمَةَ على الغائبِ بالاتِّفاقِ، وبه صَرَّح في «**الأصل**»، و«**مختصر الكافي**»، و«**مختصر الكَرْخِيِّ**»، و«**شرح الطَّحَاوِيِّ**»(١).

وهذا بخلافِ الدَّيْنِ؛ لأن المديونَ يُسَلِّمُ مالَ نفسِه لا مالَ غيرِه؛ لأن الديونَ تُقْضَىٰ بأمثالِها، والمُودَعُ يُسَلِّمُ مالَ الغيرِ، ونظيرُه: رَجلٌ له وَدِيعَةٌ عندَ إنسانٍ أوْ دَيْنٍ، فجاء رَجلٌ وقال: إنه وَكَّلَنِي بقَبْضِ الوَدِيعَةِ منك، فصدَّقه وأبىٰ أنْ يُسَلِّمَها إليه لم يُجْبِرْه القاضي بالتسليمِ في الوَدِيعةِ، ويجْبِرُهُ في الدَّيْنِ؛ لِمَا قُلنا مِن الفرقِ.

والجوابُ عن قولِهما: أن المالَ لو كان في أيديهما كان لأحدِهما أنْ يَأْخُذَ نصيبَه.

نَقُولُ: لا يَلْزَمُ مِن ذلك أنْ يَأْخُذَ نصيبَه مِن المُودَعِ، أَلَا تَرىٰ أن الغريمَ إذا أخذَ مِن مالِ غريمِه جنسَ حقِّه جاز، ولا يُجْبَرُ على الردِّ، ولا يَجُوزُ أنْ يَأْخُذَ حقَّه من مُودَعِ الغريمِ، وهذا معنىٰ قولِه: (**كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إِنْسَانٍ، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ؛ فَلِغَرِيمِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ**).

قولُه: (**وَعَلَيْهِ أَلْفٌ**)، أي: على المُودَعِ.

قولُه: (**فَلِغَرِيمِهِ**)، أي: لغريمِ المُودَعِ.

قال فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في «**شرح الجامع الصغير**»: «وإنْ كانتِ الوديعةُ عَرْضًا؛ فالصحيحُ أنه لا يَكُونُ للحاضرِ أنْ يَأْخُذَ نصيبَه في قولِهم جميعًا».

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٣١٨].

قَالَ: وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ، وَلَكِنَّهُمَا يَقْسِمَانِهِ، لِيَحْفَظَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي الْمُرْتَهَنَيْنِ وَالْوَكِيلَيْنِ بِالشِّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ. وَقَالَا: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَحْفَظَ بِإِذْنِ الْآخَرِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ، وَلَكِنَّهُمَا يَقْسِمَانِهِ، لِيَحْفَظَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَهُ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الْآخَرِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، ولم يَذْكُرِ الخلافَ في «مختصره»، فلأجْلِ هذا قال صاحبُ «الهداية»: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ).

قال [٦/٢٤٦ظ/م] الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «وإذا أودعَ رجلٌ رَجُلَيْنِ مالًا، قال يَأْخُذُ كُلُّ واحدٍ منهما نصفَه ـ يَعْنِي: يَقْتَسِمانِه ـ قال: فإنْ دفَع أحدُهما المالَ كلَّه إلىٰ صاحبِه فتَوِيَ المالُ، قال: يَضْمَنُ في قولِ أبي حنيفةَ الذي دفَع النصفَ، ولا يَضْمَنُ في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ شيئًا.

قال محمَّدٌ: إن أبا حنيفةَ ﷺ قال ذلك فيما تُسْتَطاعُ قِسمتُه، فأمَّا ما لا تُسْتَطاعُ قِسْمَتُه؛ نحوُ المملوكِ والثوبِ، فإذا دفَع أحدُ المُستودعَيْنِ ذلك إلىٰ صاحبِه لم يَضْمَنْ.

وكذلك قولُ أبي حنيفةَ: إذا رهَن رَجلٌ رَجُلَيْنِ شيئًا، فدفَع أحدُ المُرْتَهنَيْنِ إلىٰ صاحبِه، أوْ وَكَّلَ رَجلٌ رَجلينِ بشراءِ شيءٍ، فدفَع إليهما مالًا، فدفعَه أحدُهما إلىٰ صاحبِه فضاع؛ ضَمِن النصفَ، وما كان لا يَقْدِرُ علىٰ قِسْمَتِه لم يَضْمَنْ شيئًا مما دفَع.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

لَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَى الْآخَرِ وَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا فِيمَا لَا يُقْسَمُ.

وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا كُلِّهِ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ مَتَىٰ أُضِيفَ إِلَىٰ مَا يَقْبَلُ الْوَصْفَ بِالتَّجْزِيءِ تَنَاوَلَ الْبَعْضَ دُونَ الْكُلِّ فَوَقَعَ التَّسْلِيمُ إِلَىٰ الْآخَرِ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْمَالِكِ، فَيَضْمَنُ الدَّافِعُ وَلَا يَضْمَنُ الْقَابِضُ؛ لِأَنَّ مُودِعَ الْمُودَعِ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَا يُقْسَمُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَوْدَعَهُمَا وَلَا يُمْكِنُهُمَا الِاجْتِمَاعُ عَلَيْهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَأَمْكَنَهُمَا الْمَهَايَأَةُ كَانَ الْمَالِكُ رَاضِيًا بِدَفْعِ الْكُلِّ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ.

غاية البيان

فأمَّا في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ في ذلك كلِّه فهو سواءٌ، لا يَضْمَنُ شيئًا [مما دفَع][1] مما يُسْتَطاعُ قِسْمَتُه، أوْ لا يُسْتَطاعُ قِسْمَتُه». إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره».

وجهُ قولِهما: أن المالكَ رضيَ بأمانَتِهما، حيثُ أودَعَهُما مالًا، فكان دَفْعُ كلِّ واحدٍ منهما إلىٰ صاحبِه دفعًا إلىٰ أمينِ المالكِ، فكان له أنْ يُسلِّمَها إليه، فلا يَضْمَنُ الدافعُ، أصْلُه: ما لا يُقْسَمُ.

ولأبي حنيفةَ: أن المالكَ رَضِيَ بحِفْظِهما جميعًا، لا بحِفْظِ [٢/٤٥١و] كُلِّ واحدٍ منهما علىٰ الانفرادِ، بدلالةِ أنه أودَعَهُما جميعًا الوَدِيعةَ، فلو رَضِيَ بحفظِ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأمَرهما بالقِسْمَةِ ثم الحفظِ، أوْ قسَمَ ثم أودعَ النصفَ عندَ هذا، والنصفَ عندَ الآخرِ؛ لأن الوديعةَ مما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وحيثُ لم يَفْعَلْ كذلك؛ عُلِمَ: أنه ما رَضِيَ إلا بأمانتِهما جميعًا، وحِفْظِهما معًا.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ: لَا تُسَلِّمُهُ إِلَىٰ زَوْجَتِكَ، فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا؛ لَمْ يَضْمَنْ.

غاية البيان

فإذا أمْكَنَ كُلَّ واحدٍ منهما الحفظُ على الوجهِ المأمورِ به، وهو حِفْظُهما معًا، ولم يَحْفَظْ علىٰ ذلك الوجهِ؛ صار ضامنًا، كَالمُودَعِ الواحدِ إذا دفَع الوديعةَ إلىٰ غيرِه، ولا يَضْمَنُ القابضُ شيئًا؛ لأن مُودَعَ المُودَعِ لا يَضْمَنُ عندَ أبي حنيفةَ ﷺ، بخلافِ ما لا يُقْسَمُ، حيثُ لا يَضْمَنُ الدافعُ؛ لوجودِ الإذنِ بالدفعِ دلالةً؛ لأن الوَدِيعَة لَمَّا كانت مما لا يُسْتطاعُ قِسْمَتُه، ويتعذَّرُ اجتماعُهما علىٰ حِفْظِها دائمًا؛ كان ذلك دليلًا علىٰ أن صاحبِها رَضِيَ بحفظِ كُلِّ واحدٍ منهما علىٰ الانفرادِ علىٰ سبيلِ المُهَايأةِ، فلَمْ يَضْمَنْ أحدُهما بالدفعِ إلىٰ صاحبِه.

وقال في قِسْمِ «**المبسوط**» من «**الشامل**»: «لو أودَع رَجُلينِ عبدًا، فتهايَآ علىٰ أن يَكُونَ عندَ أحدِهما شهرًا، وعندَ الآخَرِ شهرًا، لم يَضْمَنا؛ لأنه لا يُمْكِنُ الحفظُ معًا، فجاز علىٰ هذا الوجهِ».

قولُه: (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ: لَا تُسَلِّمُهُ إِلَىٰ زَوْجَتِكَ، فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا؛ لم يَضْمَنْ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[١].

قال الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «**مختصره**» المسمَّىٰ بـ«**الكافي**»: «وإنْ قال: لا تَدْفَعْهَا إلىٰ امرأتِك أو عبدِك أو ولدِك أو أجيرِك؛ فإني أَتَّهِمُهُم عليها، فدفعَها إلىٰ الذي نهاه عنه فهلكَتْ، فإن كان [٦/٢٤٧و/م] المُسْتَوْدَعُ لم يَجِدْ بُدًّا مِن دَفْعِها إليه؛ لم يَضْمَنْهَا، وإنْ كان يَجِدُ مِن أهلِه وخدَمِه[٢] مَن يَدْفَعُها إليه، ويَضَعُها عندَه غيرَ هذا، فأعطاه وهو يَجِدُ غيرَه؛ ضَمَّنه صاحبُ الوديعةِ». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الكافي**». وذلك؛ لأنه خالَف في الوجهِ الأوَّلِ بعُذْرٍ، وفي الوجهِ الثاني: خالَف بغيرِ عُذْرٍ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣١].

(٢) وقع بالأصل: «وخدمته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَإِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَىٰ أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَىٰ مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لَمْ يَضْمَنْ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الْوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَىٰ غُلَامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ عَلَىٰ يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَىٰ امْرَأَتِهِ وَهُوَ مَحْمَلُ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ الْعَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ مُفِيدًا فَيَلْغُو.

غاية البيان

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: «فإنْ نَهَاه عنِ الدفعِ إلىٰ عيالِه، فدفَع بعدَ النهيِ: إنْ دفعَه إلىٰ مَن لا بُدَّ له؛ لا يَضْمَنُ، وإنْ كان له منه بُدٌّ ضَمِن؛ لأن الناسَ يَخْتَلِفُونَ في الأمانةِ، فإذا كان له منه بُدٌّ أمْكَنَ العملُ به، فيَكُونُ الشرطُ مفيدًا.

وإذا لم يَكُنْ منه بدٌّ، بأنْ كانتِ الوَدِيعةُ دَابَّةً، فقال: لا تَدْفَعْهَا إلىٰ غلامِكَ، أو كانت شيئًا يَحْتَاجُ في حِفْظِها إلىٰ امرأتِه، فقال: لا تَدْفَعْهَا إلىٰ امرأتِكَ، فدفَع لم يَضْمَنْ؛ لأن هذا مما لا يُسْتَطاعُ الامتناعُ عنه، فلا يُفِيدُ هذا الشرطُ».

والمرادُ مِن الأجيرِ: مَرَّ في أوَّلِ كتابِ الوَدِيعَةِ.

قال ظهيرُ الدِّينِ إسحاقُ الوَلْوَالِجِيُّ ﷺ في «فتاواه»: «رَجلٌ غاب عن منزِله وخلَّفَ امرأتَهُ، وكان في منزِله وديعةٌ، فلَمَّا رَجَعَ طلَب فلَمْ يَجِدْ، إنْ كانتِ امرأتُه أمينةً لم يَضْمَنْ؛ لأنه غيرُ مُضيِّعٍ، لأن له أن يَحْفَظَ الوَدِيعَةَ بيدِ مَن في عيالِه، وإنْ كانتِ امرأتُه غيرَ أمينةٍ، مُتَّهَمةٌ يَضْمَنُ؛ لأنه مُضيِّعٌ»(١).

قولُه: (وَهُوَ مَحْمَلُ الْأَوَّلِ)، أي: المذكورُ في «الجامع الصغير»، وهو الدفعُ إلىٰ مَن لا بُدَّ له منه، هو المرادُ مِن الأوَّلِ، وهو الذي ذكَره القُدُورِيُّ مِن عدمِ الضَّمانِ إذا دفَع الوديعةَ إلىٰ الزوجةِ بعدَ النهيِّ عنِ الدفعِ إليها.

يَعْنِي: إذا وجَد بُدًّا مِن الدفعِ إلىٰ الزوجةِ، فدفَع؛ ضَمِن، وإنْ لم يَجِدْ بُدًّا

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٥].

وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ لأنَّ مِنَ الْعِيَالِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى الْمَالِ، وَقَدْ أَمْكَنَ الْعَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هَذَا الشَّرْطِ فَاعْتُبِرَ.

وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي هَذَا [٤٥١/٢ظ] الْبَيْتِ، فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ؛ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ غَيْرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّ الْبَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لَا يَتَفَاوَتَانِ

غاية البيان

مِن الدفعِ لم يَضْمَنْ.

قولُه: (فَإِنَّ مِنَ الْعِيَالِ).

قال في «ديوان الأدب»: «عيالُ الرَّجُلِ مَن يَعُولُه»(١). والمرادُ منه: الذي يُساكِنُ معَه، سواءٌ كان في نفقتِه أوْ لا، وقد مَرَّ في أوَّلِ كتابِ الوَدِيعَةِ.

قولُه: (فَاعْتُبِرَ)، أي: الشرطُ.

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: احْفَظْهَا فِي هَذَا [٤٥١/٢ظ] الْبَيْتِ، فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ حَفِظَها في دارٍ أُخْرَىٰ ضَمِن»(٢).

قال في «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عن يَعْقُوبَ عن أبي حنيفةَ ﵁: في الرَّجُلِ أودعَ رجلًا وَدِيعَةً، وأمَرَه أن يَحْفَظَها في دارٍ، ونهاهُ عنِ الوضعِ في دارٍ أُخْرَىٰ، فوضَعه في التي نهاه عنها فهلَكَت، قال: هو ضامنٌ، وإنْ كان بيتانِ في دارٍ - والمسألةُ بحالِها - لم يَضْمَنْ»(٣).

وقال الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «مختصره» المسمَّىٰ بـ«الكافي»: «وإذا قال صاحبُ الوَديعةِ لِلمُسْتَوْدَعِ: اِخْبَأْهَا في بيتِك هذا، فخَبَأَها في بيتٍ آخرَ في دارِه

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٣٧٦/٣].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٢].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣١].

فِي الْحِرْزِ، وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَىٰ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ الدَّارَيْنِ تَتَفَاوَتَانِ فِي الْحِرْزِ فَكَانَ مُفِيدًا فَيَصِحُّ التَّقْيِيدُ، وَلَوْ كَانَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ ظَاهِرًا بِأَنْ [١٠٥/و]

تلك فضاعت؛ فلا ضَمانَ عليه استحسانًا، أَلَا تَرَىٰ أنه لو قال: أَمْسِكْها بيدِك، ولا تَضَعْها ليلًا ولا نهارًا، فوضَعَها في بيتِه [٦/٢٤٧ظ/م] فهَلَكت؛ لم يَضْمَنْها.

ولو قال: اِخْبَأْهَا في دارِك هذه، ولا تُخْبِأْهَا في دارِك الأُخرىٰ، فوضَعها في التي نهىٰ عنها؛ ضَمِن، أَلَا ترىٰ أنه لو قال: لا تُخْرِجْها مِن الكوفةِ، فخرَج بها إلىٰ البصرةِ؛ كان ضامِنا لها، وإنِ انتقَل مِن الكوفةِ إلىٰ البصرةِ، أوْ إلىٰ غيرِها لشيءٍ؛ لم يَكُنْ له بُدٌّ منه فهلكَتْ؛ فلا ضَمانَ عليه». إلىٰ هنا. لَفْظُ «**الكافي**».

وعندَ الشَّافعيِّ ﷺ: يَضْمَنُ[(١)]. كذا في «**شرح الأقطع**»[(٢)]، وذلك؛ لأنه نقَلها إلىٰ بيتٍ آخرَ مِن غيرِ ضرورةٍ، فصار كما إذا نقَلَها إلىٰ دارٍ أُخرَىٰ.

ولنا: أن الدارَ حِرْزٌ واحدٌ، بدلالةِ أن السَّارقَ إذا أخَذ مِن بيتٍ مِن الدارِ، فنقَلَ إلىٰ بيتٍ آخرَ فيها لم يُقْطَعْ؛ لأنه لم يَهْتِكِ الحِرْزَ بعْدُ، والحِرْزُ الواحدُ لا فائدةَ في تخصيصِ بعضِه دونَ بعضٍ، وما لا فائدةَ في تخصيصِه بالأمرِ يَسْقُطُ في الْإِيدَاعِ.

كما لو قال: احْفَظْها بيمينِك دونَ شمالِكَ، أو قال: ضَعْها في يمينِ البيتِ دونَ يسارِه، حتىٰ لو كان بينَ البيتيْنِ تفاوُتٌ في الحِرْزِ، بأنْ كانتِ الدارُ عظيمةً، وظَهْرُ البيتِ الذي نهاه عنه إلىٰ السِّكَةِ، أوْ نحوِ ذلك.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: يَضْمَنُ، بخلافِ الدارَيْنِ، فإن التفاوتَ في الحِرْزِ ظاهرٌ فيهما؛ ولهذا لو أخذَ السَّارقُ مِن إحدىٰ الدارَيْنِ فنقلَ إلىٰ

---

(١) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٤/٥٠٤]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١١١]، و«روضة الطالبين» للنووي [٦/٣٤١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤١٧].

كَانَتِ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا الْبَيْتَانِ عَظِيمَةً، وَالْبَيْتُ الَّذِي نَهَاهُ عَنِ الْحِفْظِ فِيهِ عَوْرَةً ظَاهِرَةً صَحَّ الشَّرْطُ.

الأُخرىٰ؛ قُطِعَ، حتىٰ لو كانتِ الدارُ التي نَهىٰ عن الوضعِ فيها أحْرَزَ، أوْ كانتا سواءً في الحِرْزِ؛ فلا يَضْمَنُ، وبه صَرَّح في «شرح الطَّحَاوِيِّ»؛ لأن النهيَّ ليس بمفيدٍ.

والأصلُ: أن كلَّ شرْطٍ يُفيدُ اعتبارَه، ويُمْكِنُ المُودَعُ مراعاتِه؛ فهو مُعْتَبرٌ، وكل شرْطٍ لا يُمْكِنُ مراعاتُه، ولا يُفيدُ اعتبارُه؛ فهو لَغْوٌ.

وقال فخرُ الدِّين قاضي خان ﷺ في «**شرح الجامع الصغير**»: «ولو قال: احفظها في كيسك، ولا تحفظها في صندوقك، أو قال: احفظها في صندوقك، ولا تحفظها في البيت، فحَفِظ في البيت؛ لا يَضْمَن، والصندوقُ مِن البيت بمنزلة البيت مِن الدار؛ لقلة التفاوُت بينهما».

قوله: (عَوْرَةً ظَاهِرَةً).

قال في «ديوان الأدب»: «العَوْرَةُ: سَوْءةُ الإنسان، وكل موضع يُتَخَوَّف منه؛ فهو عَوْرَةُ القوم، وكذلك كل أمْرٍ يُسْتَحْيَا منه، وعوراتُ الجبال: شُقوقُها»(١).

وقال في «الكشاف»: «العَوْرَةُ: الخَلَل، ومنها: أَعْوَر الفَارِسُ، وأَعْوَر المكانُ، والأعْوَرُ: المُخْتَلُّ العين»(٢).

وأَعْوَر الفَارِسُ: أي: بَدَا منه مَوْضِعُ خَلَلٍ، قال تعالىٰ: ﴿يَقُولُونَ إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِن يُرِيدُونَ إِلَّا فِرَارًا﴾ [الأحزاب: ١٣].

منه قولُ النَّابِغَة الذُّبْيانِيِّ يمْدَح غَسَّان(٣):

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٣/٣٠٩].
(٢) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٣/٢٥٣].
(٣) البيت في: «ديوان النَّابِغَة الذُّبْيانِيِّ» [ص/١٦٢]. =

قَالَ: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا آخرَ؛ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْأَوَّلَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْآخرَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَضْمَنَ أَيَّهُمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمِنَ الْآخَرُ رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ.

غاية البيان

مَتَى تَلْقَهُم لَا تَلْقَ لِلْبَيْتِ عَوْرَةً ❊ وَلَا الجَارَ مَحْرُومًا وَلَا الأَمْرَ ضَائِعًا

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً، فَأَوْدَعَهَا آخرَ؛ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْأَوَّلَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ [٢/٤٥٢و] الْآخَرَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه). أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورةُ المسألة فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ أودعَ [٦/٢٤٨و/م] رجلًا ألفَ درهمٍ، فأَوْدَعها المُسْتَوْدَعُ الأَوَّلُ رجلًا آخرَ، فهلكَتْ في يديْه، قال: لصاحبِ الألفِ أن يُضَمِّنَ المُسْتَوْدَعَ الأَوَّلَ، ولا يُضَمِّنُ الآخرَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمد رضي الله عنهما: يُضَمِّن صاحبُ المالِ أَيَّهما شاء، فإنْ شاء ضَمَّن الأَوَّلَ، لم يَرْجِعْ على الآخرِ بشيءٍ، وإنْ ضَمَّن الآخرَ رَجَعَ على الأَوَّلِ»(١). إلى هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

وقولُ الشَّافعيِّ رضي الله عنه مثْلُ قولِهما(٢). كذا في «شرح الأقطع»(٣).

وفي قولِ ابنِ أبي لَيْلَى: لا ضَمانَ على واحدٍ منهما. كذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير».

= ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن العورة في اللغة: كل مَوْضِع به خَلَلٌ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣١ ـ ٤٣٢].

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٧/٢٩٢]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٨٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٦/٣٢٧]،

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤١٨].

لَهُمَا أَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ مِنْ يَدِ ضَمِينٍ فَيَضْمَنُهُ كَمُودِعِ الْغَاصِبِ ، ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ ، فَيَكُونُ الْأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسْلِيمِ وَالثَّانِي بِالْقَبْضِ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا ، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمِنَ الْأَوَّلَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ الْعُهْدَةِ.

غاية البيان

وجهُ قولِ ابنِ أبي ليلى: أن كلَّ مَن ملَك شيئًا ملَك تمليكَه غيرَه بمِثْلِ ما مَلَكَه ، كالعبدِ المأذونِ يَأْذَنُ ، والمُكاتَبُ يُكاتِبُ ، والمُسْتَأْجِرُ يُؤَاجِرُ ، والمُسْتَعِيرُ يُعِيرُ ، فإذا كان كذلك ؛ لم يَجِبِ الضَّمانُ على واحدٍ منهما ؛ لأنه لم يوجَدِ التعدِّي مِنَ الأوَّلِ في الْإِيدَاعِ ، ولا مِن الثاني في القبضِ.

ولنا: أن صاحبَ المالِ رضيَ بحفْظِ المُودَعِ لا بحفْظِ غيرِه ، فكان إيداعُ المالِ إلى غيرِ مَن في عيالِه تعدِّيًا ، فيَجِبُ الضَّمانُ ، وقياسُه ضعيفٌ ؛ لأن المُودَعَ ليس بمالِكٍ أصلًا ؛ لأنه ليس بمالكٍ لعينِ الوَدِيعةِ ولا لمنفعَتِها ، وإنما هو رجلٌ ملَكَ منافعَ نفسِه ، فلَمْ يَمْلِكْ تسليمَ الوَدِيعَةِ إلى غيرِه وغيرِ مَن في معناه ممنْ كان في عيالِه بخلافِ المأذونِ ، فإنه يتصرَّفُ بحُكْمِ المِلْكِ ، فملَكَ التمليكَ ، وكذا المكاتَبُ والمُسْتَعِيرُ مالِكٌ لمنفعةِ العينِ ، وكذا المستأجِرُ ، فظَهَر الفرقُ.

ووجهُ قولِهما: أن الثانيَ قبَض المالَ مِن يدِ ضَمِينٍ ؛ بدليلِ أن الأوَّلَ يَضْمَنُ بالاتِّفاقِ ، فيَضْمنانِ جميعًا بالخيارِ لصاحبِه ، فيضْمَنُ الأوَّلُ بالدفعِ ، والثاني بالقبضِ ؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما تصرُّفٌ في المالِ بغيرِ إِذْنِ المالكِ ، فصار كمُودَعِ الغَاصبِ ، إلا أن الأوَّلَ لا يَرْجِعُ بما ضَمِنَه على الثاني ؛ لأنه ملَكَ العينَ بِالضَّمانِ مُسْتَنِدًا ، فظَهَر أنه أودعَ مِلْكَ نفْسِه ، وإنْ ضمَّنَ الثاني يَرْجِعُ على الأوَّلِ ؛ لأنه عاملٌ له.

ووجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الأوَّلَ لا يَضْمَنُ بمجرَّدِ الدفعِ إلى غيرِه ؛ لأنه أمينٌ

وَلَهُ أَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ مِنْ يَدِ أَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ بِالدَّفْعِ لَا يَضْمَنُ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لِحُضُورِ رَأْيِهِ فَلَا تَعَدِّيَ مِنْهُمَا ، فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الْحِفْظَ الْمُلْتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ بِذَلِكَ ، وأَمَّا الثَّانِي فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ كَالرِّيحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ.

غاية البيان

في الدفعِ ؛ لأن المالكَ رَضِيَ بحِفْظِه باعتبارِ رأْيِه وتمييزِه لا بصورةِ يدِه ؛ فإذا دفعَ الوَدِيعَةَ إلىٰ غيرِه ، ولم يُفارِقْهُ ، وهلكَتْ في يدِ الثاني ؛ لا ضَمانَ باتّفاقٍ بينَ أصحابِنا.

فإذا كان الأوَّلُ باقيًا علىٰ الأمانةِ حالةَ الدفعِ ؛ صار الثاني آخِذًا مِن يدِ أمينٍ ، فإذا فارَق الأوَّلُ الثاني وذهَب عنه ؛ ضَيَّع الوديعةَ ؛ لأنه ترَكَ الحفظَ الملتزَمَ ، فيَضْمَنُ ، ولا يَضْمَنُ الثاني ؛ لأنه لا يَجُوزُ إيجابُ الضَّمانِ عليه بجنايةِ غيرِه ؛ لأن الثانيَ لم يَتْرُكِ الحفظَ الملتزَمَ.

وابتداءُ القبضِ لم يَكُنْ مُوجِبًا لِلضَّمانِ ، فبقاؤُه أَوْلَىٰ ؛ لأن البقاءَ أسهلُ مِن الابتداءِ ، وهذا كَالْوَكِيلِ بالبيعِ لا يَمْلِكُ التَّوْكِيلَ بالبيعِ ، إلا أنْ يَبِيعَ وكيلُه بحَضْرَتِه ؛ لأن المرادَ مِن التعيينِ والتخصيصِ: رأْيُه [٢٤٨/٦ظ/م] لا عبارتُه ، فكذلك ههنا.

فَإِنْ قُلْتَ: إن الأوَّلَ إذا كان ضامنًا ؛ كان الثاني آخِذًا مِن يدِ ضَمِينٍ ، فيَنْبَغِي أن يَكُونَ الثاني ضامنًا ضرورةً.

قُلْتُ: هذه مغالَطةٌ ؛ لأن الأوَّلَ لم يَكُنْ ضامنًا بمجرَّدِ الدفعِ قبلَ المفارَقةِ ، بل هو أمينٌ حينَئذٍ لِمَا قُلنا ، وإنما صار ضامنًا بالمفارَقةِ بصُنْعٍ منه ، والثاني لم يُوجَدْ منه صُنْعٌ ، فلا يَضْمَنُ ، كالرِّيحِ إذا هبَّتْ في ثوبِ إنسانٍ وألقَتْه في حِجْرِ غيرِه [٤٥٢/٢ظ] فهَلك ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنه لم يُوجَدْ منه صُنْعٌ.

والدليلُ علىٰ ما قُلنا: أن المالكَ لو قال: أذنتُ لك[1] أن تَدْفَعَ الوَدِيعَةَ إلىٰ

(١) وقع بالأصل: «أذنت لي». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهَا لَهُ، وَأَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، وَأَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا؛ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَىٰ بَيْنَهُمَا وَشَرْحُ ذَلِكَ أَنَّ دَعْوَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِهَا الصِّدْقُ، فَيَسْتَحِقُّ الْحَلِفُ عَلَى الْمُنْكِرِ بِالحَدِيثِ، وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ عَلَىٰ الِانْفِرَادِ لِتَغَايُرِ الْحَقَّيْنِ، وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ الْقَاضِي جَازَ لِتَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَعَدَمِ الْأَوْلَوِيَّةِ. وَلَوْ تَشَاحَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا

غاية البيان

فلانٍ بشَرْطِ ألَّا تُفارِقَه، ففارَقه فهلَك؛ ضَمِن الأوَّلُ دونَ الثاني، فصار ذلك وِزَانَ مسألتِنا سواءً.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ، كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهَا لَهُ، وَأَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، وَأَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا؛ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَىٰ بَيْنَهُمَا)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورةُ المسألةِ فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في ألفِ درهم في يَدَيْ رَجُلٍ ادَّعاها رَجُلان، كُلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنه أَوْدَعَها إيَّاه، فأبَىٰ أنْ يحْلِفَ لهما، قال: تَكُونُ هذه الألفُ لهما، ويَغْرَمُ ألفًا أُخرىٰ، فتكُونُ بينَهما نصفَيْنِ»[١]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ رحمه الله في أصلِ «**الجامع الصغير**».

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وفي قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ: لا يَجِبُ عليه إلا دَفْعُ الألفِ بعَيْنِها؛ لأنه لم يَأْخُذْ إلا ألفًا واحدةً، فلا يَجِبُ عليه ألفٌ أُخرىٰ، أمَّا مذهبُ علمائِنا رحمهم الله: فلأنه لَمَّا نكَلَ لأحدِهما؛ فقد أقَرَّ أنه قبَضَ منه ألفًا، فلَمَّا نكَل للآخَرِ؛ فقد أقرَّ أنه قبَضَ منه ألفًا، فلَمَّا أقرَّ لكلِّ واحدٍ منهما بالألفِ، ولم يَصِلْ لِكُلِّ واحدٍ منهما إلا خمسُ مئةٍ؛ فعليه أن يَغْرَمَ لكلِّ واحدٍ منهما تمامَ الألفِ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٤٣١ - ٤٣٢].

تَطْيِيبًا لِقَلْبِهِمَا وَنَفْيًا لِتُهْمَةِ الْمَيْلِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا لِعَدَمِ الْحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ أَعْنِي لِلثَّانِي يَقْضِي لَهُ لِوُجُودِ الْحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ لِلْأَوَّلِ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ مُوجِبَةٌ بِنَفْسِهِ فَيَقْضِي بِهِ.

غاية البيان

بيانُ المسألةِ: أن كلَّ واحدٍ مِن المُدَّعِيَيْنِ ادَّعى دَعْوَىٰ صحيحةً؛ لاحتمالِ الصدقِ في دعوىٰ كُلِّ واحدٍ منهما، فتوجَّهتِ اليمينُ لكلِّ واحدٍ منهما على المُنْكِرِ؛ لقولِه ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1]. ولكن يُحَلَّفُ لِكُلِّ واحدٍ منهما على الانفرادِ؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما ادَّعى عليه مَعْنًى لو أقرَّ به يَلْزَمُه، فإذا أنكر يُحَلَّفُه.

والقاضي إذا بدَأ بالتحليفِ لأيِّهما كان جاز لعدمِ الأَوْلَوِيَّةِ وتعَذُّرِ الجمْعِ، ولو تضايَقا في البدَاءةِ بالحَلِفِ؛ يُقْرِعُ القاضي اجتنابًا عن تهمةِ المَيْلِ، فإنِ استحلَفَ لأحدِهما وحلَف؛ استحْلَف للآخرِ أيضًا، فإنْ حلَفَ انقطعَتْ خصومَتُهما؛ لأن اليمينَ شُرِعَتْ لقَطْعِ الخصومةِ.

وإنْ نكَل للثاني: فالألفُ له، لأن النكولَ بمنزلةِ البَذْلِ أوِ الإقرارِ، وانقطعَتْ خصومةُ الأوَّلِ باليمينِ، وإنْ نكلَ للأوَّلِ؛ استحْلَف للثاني أيضًا؛ لأنه لو نكَل للثاني يَصِحُّ نكولُه، فإنْ حلَف للثاني؛ انقطعَت خصومَتُه، والألفُ للأوَّلِ؛ لأن النُّكُولَ بمنزلةِ البَذْلِ أوِ الإقرارِ.

[٢٤٩/٦و/م] **وإنْ نكَل للثاني أيضًا**: كان الألفُ بينَهما؛ لأنه أوجَب الألفَ لكلِّ واحدٍ منهما بالبَذْلِ على مذهبِ أبي حنيفةَ ﷺ، وبالإقرارِ على مذهبِ صاحِبَيْه، فإذا لم يَسْلَمِ البعضُ كان ضامنًا.

(١) مضىٰ تخريجه.

أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ الْقَضَاءِ؛ فَجَازَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ لِيَحْلِفَ لِلثَّانِي فَيَنْكَشِفَ وَجْهُ الْقَضَاءِ، وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عَلَىٰ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْحُجَّةِ، كَمَا إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ، وَيَغْرَمُ [١٠٥/ط] أَلْفًا أُخْرَىٰ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَذْلِهِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ وَذَلِكَ حُجَّةٌ

غاية البيان

قال **فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ** رحمه الله في **«شرح الجامع الصغير»**: «يَنْبَغِي للقاضي أَلَّا يَقْضِيَ بالنُّكُولِ للأَوَّلِ حتَّىٰ يُحَلِّفَه للثاني؛ لِيَظْهَرَ له وجهُ الحُكْمِ».

معناه: أن الثانيَ إذا نكَل له أيضًا يَكُونُ الألفُ بينَهما، ويَقْضِي لهما جملةً، وإذا حلَفَ للثاني؛ كان كلُّ الألفِ للأوَّلِ.

ثم قال **فخرُ الإسلامِ**: «فإنْ حكَم للأوَّلِ ثم حَلَّفَه للثاني فنكَل؛ يَجِبُ أن يَكُونَ الجوابُ كذلك، وهو أن الألفَ القائمةَ بينَهما، وغَرِمَ ألفًا أخرىٰ؛ لأن تقديمَ اليمينِ لأحدِهما إمَّا أنْ يَقَعَ باختيارِ القاضي، وذلك لا يَصِحُّ؛ لإبطالِ حقِّ المُسْتَحِقِّ، وإمَّا أن يَقَعَ بِالقُرْعَةِ، وهي ليست بحُجَّةٍ لإبطالٍ أوْ إيجابٍ، فيجبُ أن يَكُونَ بينَهما، وألفٌ أُخرىٰ يَضْمَنُها بينَهما؛ لأن نكولَه أَوْجَب لكلِّ واحدٍ منهما كلَّ الألفِ كأَنْ ليس معَه غيرُه، فإذا صرَف إليهما؛ فقد صرَف نصفَ نصيبِ هذا إلىٰ هذا، ونصفَ نصيبِ هذا إلىٰ هذا».

ثم هذا الذي ذَكَرْنا مِن كونِ [٤٥٣/٢و] الألفِ بينَهما إذا نكلَ للثاني بعدَ القضاءِ للأوَّلِ: هو اختيارُ مشايخنا رحمهم الله.

فقال صاحبُ **«الهداية»** رحمه الله: **(ذَكَرَ الْخَصَّافُ: أَنَّهُ نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلْأَوَّلِ)**. يعني: يَكُونُ كُلُّ الألفِ له، ولا يَكُونُ بينَهما، ولكنَّ الخَصَّافَ وضَع المسألةَ في العبدِ في **«أدب القاضي»**.

وقال **الخَصَّافُ**: «لا يُحَلَّفُ للثاني بأنَّ العبدَ ما هو له؛ لأنه بعدَما صار

فِي حقِّهِ، وَبِالصَّرْفِ إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصْفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصْفِ حَقِّ الآخَرِ فَيَغْرَمَه، فَلَو قَضَى القَاضِي لِلأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ. ذَكَرَ الإِمَامُ عَلِيّ البَزْدَوِيّ فِي «شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: أَنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَإِذَا نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ القَضَاءَ لِلأَوَّلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِالقُرْعَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي.

وَذَكَرَ الخَصَّافُ أَنَّهُ نَفَذَ قَضَاؤُهُ لِلأَوَّلِ، وَوَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ وَإِنَّمَا نَفَذَ لِمُصَادَفَتِهِ مَحَلّ الاجْتِهَادِ؛ لِأَنَّ مِنَ العُلَمَاءِ مَنْ قَالَ يَقْضِي لِلأَوَّلِ وَلَا يَنْتَظِرُ لِكَوْنِهِ إِقْرَارَ دَلَالَةٍ ثُمَّ لَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي مَا هَذَا العَبْدُ لِي؛ لِأَنَّ نُكُولَهُ لَا يُفِيدُ بَعْدَ مَا صَارَ لِلأَوَّلِ، وَهَلْ يُحَلِّفُهُ بِالله مَا لِهَذا عَلَيْكَ هَذَا العَبْد وَلَا قِيمَتُه وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا أَقَلَّ مِنْه. قَالَ: يَنْبَغِي أَنْ يُحَلِّفُهُ عِنْدَ مُحَمَّد؛ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُودِعَ إِذَا أَقَرَّ الوَدِيْعَةَ وَدَفَعَ بِالقَضَاءِ إِلَى غَيْرِهِ يَضْمَنُه عِنْدَ مُحَمَّد؛

للأوَّلِ؛ لا فائدةَ في النُّكُولِ، ولكن هل يُحَلِّفُه له؟ بأنْ قال: ما لهذا عليك أداءُ هذا العبدِ، ولا قيمتُه، وهي كذا وكذا دينارًا أوْ درهمًا، ولا أقلُّ مِن ذلك».

قال الخَصَّافُ: «يَنْبَغِي أنْ يُحَلِّفَه على هذا الوجهِ عندَ محمَّدٍ ﵀ خلافًا لأبي يوسفَ، بناءً على ما إذا أقرَّ بِالوَدِيعَةِ، ودَفَعَ بالقضاءِ إلى غيرِه، يَضْمَنُه عندَ محمَّدٍ خلافًا لأبي يوسفَ ﵀».

وجهُ البناءِ: أن النُّكُولَ إقرارٌ، فبالإقرارِ بِالوَدِيعَةِ ضَمِن عندَ محمَّدٍ ﵀، فكذا بالنُّكُولِ، وعندَ أبي يوسفَ ﵀: لم يَضْمَنْ ثَمَّةَ بالإقرارِ، فكذا هنا بالنُّكُولِ.

قولُه: (يُقَدِّمُهُ إمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ)، أي: يقدِّمُ القاضي الأوَّلَ بالتحليفِ، إمَّا باختيارِه، أوْ بالإقراعِ بينَهما.

خِلَافًا لَهُ وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الْإِطْنَابِ.

قولُه: (وَهَذِهِ فُرَيْعَةُ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ، وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الْإِطْنَابِ)، أي: هذه المسألةُ التي ذكرناها مِن تحليفِ القاضي المُودعَ للثاني بعدَ قضائِه للأوَّلِ: ما لهذا عليك هذا العبدُ، ولا قيمتُه مِن تفريعاتِ تلك المسألةِ التي اختلَف أبو يوسفَ ومحمد رحمهما الله فيها في الضَّمَان وعدمه.

[٦/٢٤٩ظ/م] وفي تلك المسألةِ وقَع بعضُ المبالغةِ في البيانِ ببيانِ التفريعاتِ في «الأصل» في بابِ إقرارِ الرَّجُلِ بالمالِ ودَفعه إليه آخَرُ، ولكن لم يَذْكُرْ محمَّدٌ رحمه الله في «الأصل» خلافًا لأبي يوسفَ رحمه الله، بل ذكَر الضَّمانَ مطلقًا.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «وإنما ذكَر الخلافَ في «الجامع الكبير»..».

وحاصلُ الإطنابِ: ما ذكَره شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفاية» بقولِه: «قال: دفَع إليَّ فلانٌ هذه الألفَ، وهي لفلانٍ، وكلُّ واحدٍ يدَّعيها؛ تَكُونُ[1] للدافعِ؛ لأنه لَمَّا بدَأ بالإقرارِ له؛ فقد أقرَّ بوجوبِ[2] الردِّ عليه، فلَمَّا أقرَّ للثاني وقد تعلَّق حقُّ الأوَّلِ به؛ فلا يُقْبَلُ، لا جَرَم لو قال: هي لفلانٍ دفعَها إلىٰ فلانٍ؛ فهيَ للأوَّلِ لا للدافعِ؛ لتعلُّقِ حقِّ الأوَّلِ به ابتداءً.

ثم إنْ دفَع إلىٰ الأوَّلِ بقضاءٍ؛ لا ضَمانَ عليه للثاني عندَ أبي يوسفَ؛ لأنه أقرَّ بِالوَدِيعَةِ، ولم يُوجَدْ منه تعدٍّ، والحاكمُ أزال يدَه بغيرِ فِعْلِه، فيبقَىٰ مجرَّدُ إقرارٍ في مِلْكِ الغيرِ، وأنه لا يُوجِبُ الضَّمانَ، وعندَ محمَّدٍ رحمه الله: يَضْمَنُ؛ لأن الحاكمَ أزال يدَه باعترافِه، فكأنه دلَّ علىٰ الوديعةِ مَن أتلَفها، كما لو سلَّم إلىٰ الأوَّلِ بغيرِ قضاءٍ؛ يَضْمَنُ اتِّفاقًا.

---

(١) وقع بالأصل: «لتكون». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «أقر بوجه من». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

قال: هذه الألفُ لفلانٍ، أقرَضَنِيها فلانٌ وادَّعَياه؛ يَكُونُ لِلمُقَرِّ له أوَّلًا، ولِلمُقْرِضِ عليه ألفُ درهمٍ؛ لأنه أقرَّ له بعَقْدٍ يَتعلَّقُ به الضَّمانُ».

وذَكَر مسائلَ مِن جنسِ الأوَّلِ:

أحدُها: قال: هذه الألفُ لفلانٍ لا بل لفلانٍ، فدفَع الألفَ إلى الأوَّلِ بقضاءٍ؛ لم يَضْمَنْ للثاني شيئًا، وبغيرِ قضاءٍ يَضْمَنُ له ألفًا مثلَها.

الثانيةُ: قال: أوَدَعَنِيه فلانٌ لا بل فلانٌ؛ فهو مِثْلُ الأوَّلِ عندَ أبي يوسفَ ﵀، وعندَ محمَّدٍ ﵀: يَضْمَنُ للثاني ألفًا مثلَها، سواءٌ سلَّم للأوَّلِ بقضاءٍ أوْ بغيرِ قضاءٍ.

الثالثةُ: غصبْتُ هذا العبدَ [٢/٤٥٣ظ] مِن فلانٍ، لا بل مِن فلانٍ، وادَّعاه كلُّ واحدٍ؛ يَلْزَمُهُ تسليمُ العبدِ إلى الأوَّلِ، ويَضْمَنُ للثاني قيمتَه، سواءٌ سَلَّمَ إلى الأوَّلِ بقضاءٍ، أوْ بغيرِ قضاءٍ؛ لأن في الغصبِ: يَجِبُ ضمانُه على الغاصبِ، وإن زالت يدُه بغيرِ فِعْلِه.

أقرَّ الخياطُ أن هذا الثوبَ الذي في يدِه لفلانٍ، سلَّمه إليه فلانٌ، وكلُّ واحدٍ يدَّعيه؛ فالثوبُ للذي أقرَّ له أوَّلَ مرَّةٍ، وكذلك القَصَّارُ وكلُّ عاملٍ، ولا يَضْمَنُ للثاني شيئًا في قياسِ قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ: يَضْمَنُ قيمتَه للثاني إذا سلَّمه إلى الأوَّلِ بقضاءٍ؛ لأنَّ عندَ أبي حنيفةَ ﵀: أَجيرَ المشتركِ أمينٌ لا يتعلَّقُ بقَبْضِه ضَمانٌ، فكان كَالمُودَعِ.

وعندَهُما: يَتَعَلَّقُ به الضَّمانُ، فصار كالغاصبِ، فإذا استحقَّ الأوَّلُ الثوبَ بالإقرارِ؛ صار كأنه استهلَكه، فيَضْمَنُ قيمتَه للثاني، وقال محمَّدٌ ﵀: يَضْمَنُ قيمتَه مِن قِبَلِ إقرارِه أن الثوبَ وصل إليه من [٦/٢٥٠و/م] جهتِه، لا مِن قِبلِ ضَمانِ الأجيرِ.

فإنْ أقرَّ أن هذا الثوبَ سلَّمه إليه فلانٌ ليقطعَه قميصًا وهو لفلانٍ، وادَّعاه كلُّ واحدٍ؛ فالثوبُ للمُسلِّمِ إليه لا للثاني؛ لأنه بقولِه: «سَلَّمَ إلَيَّ» اعترافٌ له بالثوبِ،

. . . .

ثم قولُه: «وهو لفلانٍ» إقرارٌ في مِلْكِ الغيرِ فلا يُقْبَلُ. كذا في «الكفاية» في بابِ الإقرارِ بمالٍ دفعَه إليه فلانٌ.

وقال في آخرِ كتابِ الوديعةِ مِن «شرح الطَّحَاوِيِّ»[1] ﷺ: «ومَن كان في يدِه ألفُ درهمٍ، فحضَره رَجُلان كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أنه أودَعها إيَّاه، وقال المُودَعُ: أَوْدَعَنِيها أَحدُكما، ولا أَدْرِي أَيُّكُما هو، فالمدَّعِيان إذا اصطلحَا فيما بينَهما على أن يَأْخُذا تلك الألفَ منه بينَهما؛ كان لهما ذلك، وليس للمُودَعِ الامتناعُ عن تسليمِ الألفِ إليهما؛ لأنه قد أقرَّ بها لأحدِهما، وهما قد اصطلحا على أَخْذِه بينَهما، وبعْدَ هذا الاصطلاحِ ليس لهما إلى الاستحلافِ سبيلٌ، ولا يمينَ لهما على المُودَعِ.

وأمَّا إذا لم يَصْطَلِحا، ولكنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَدَّعِي أن الألفَ له[2] خاصَّةً، وأراد أَخْذَها مِن المُودَعِ؛ فليس له ذلك؛ لأن المُقَرَّ له مجهولٌ، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يَسْتَحْلِفَ المُودَعَ».

ثم هذا لا يَخْلُو مِن ثلاثةِ أوجهٍ: إمَّا أنْ يحْلِفَ لهما، أوْ يَنْكُلَ لهما، أوْ يحْلِفَ لأحدِهما، وينْكُلُ للآخَرِ.

فإن حَلَفَ لهما: قَطَعَ دَعْوَاهُما، وليس لهما إلى الاصطلاحِ، وأَخْذُ الألفِ بينَهُما سبيلٌ بعدَ الاستحلافِ في قولِ أبي يوسفَ ﷺ، وقال محمَّدٌ ﷺ: لهما أن يَصْطَلِحَا بعدَ الاستحلافِ على أَخْذِ الألفِ بينَهما، وهذا إذا حَلَفَ لهما.

وأمَّا إذا نكَلَ لهما عن اليمينِ؛ يُقْضَى بالألفِ بينَهُما، ويَضْمَنُ ألفًا أُخرى بينَهما أيضًا، حتى يَحْصُلَ لِكُلِّ واحدٍ منهما ألفُ درهمٍ على الكمالِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٣١٩].

(٢) وقع بالأصل: «لهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

وإنْ نكَل لأحدِهما وحَلَف للآخَرِ؛ قُضِيَ بالألفِ للذي نكَل له عن اليمينِ خاصَّةً، ولا شيءَ للذي حلَف له منها.

والله ﷻ أعلمُ.

كتَابُ العَارِيَّةِ

قَالَ: الْعَارِيَّةُ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّهَا نَوْعُ إِحْسَانٍ وَقَدْ اسْتَعَارَ النَّبِيّ ﷺ دُرُوعًا

كتَابُ العَارِيَّةِ

قد سبقَ بيانُ وَجهِ المناسبةِ في أوَّلِ الوديعةِ، فلا حاجةَ إلىٰ الإعادةِ.

قال الجَوهَرِيُّ رحمه الله: والعَارِيَّةُ بالتشديدِ كأنَّها منسوبةٌ إلىٰ العارِ؛ لأنَّ طلبَها عارٌ وعيْبٌ. ويُنْشَدُ:

إِنَّمَا أَنْفُسُنَا عَارِيَّةٌ ❊ وَالعَوَارِيُّ قُصَارٌ أَنْ تُرَدُّ

والعارَةُ: مثل العَارِيَّةِ، قال ابنُ مُقْبِلٍ(١):

فَأَخْلِفْ وأَتْلِفْ إِنَّمَا الْمَالُ عَارَةٌ ❊ وكُلْهُ مَعَ الدَّهْرِ الَّذِي هُوَ آكِلُهْ

كذا في «الصحاح»(٢).

وقال المُطَرِّزِيُّ: «وأخذُها مِن العَارِ: العَيْبُ، أو منَ العُرْيِ: خطأٌ»(٣).

قولُه: (قَالَ [٢/٤٥٤و]: الْعَارِيَّةُ جَائِزَةٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصره»(٤).

والدليلُ علىٰ جوازِها: ما رَوَىٰ صاحبُ «السنن» قُبَيْلَ كتابِ الأقضيةِ: بإسنادِه إلىٰ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَعْلَىٰ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلَاثِينَ دِرْعًا [٦/٢٥٠ظ/م] وَثَلَاثِينَ بَعِيرًا».

---

(١) في: «ديوانه» [ص/١٨٠]. وهو تميم بن مقبل بن عوف، شاعر جاهلي أدرك الإسلامَ فأسلَم، وكان يبكي أهل الجاهلية، وبلغ مائة وعشرين سنة. ينظر: «الإصابة في تمييز الصحابة» لابن حجر [٤٩٦/١].

(٢) ينظر: «الصحاح في اللغة» للجَوْهَري [٧٦١/٢/ مادة: عور].

(٣) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٨٩/٢].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

مِنْ صَفْوَانَ، وَهِيَ تُمْلِيكُ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ وَكَانَ الكَرْخِيّ يَقُولُ: هُوَ إِبَاحَةُ الانْتِفَاعِ بِمِلْكِ الغَيْرِ، لِأَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ المُدَّةِ، وَمَعَ الجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ وَكَذَلِكَ يَعْمَلُ فِيهِ النَّهْي، وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ مِنْ

فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، أَعَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ، أَوْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ؟ قَالَ: «**بَلْ مُؤَدَّاةٌ**»[١].

ولأن الإنسانَ قد يَحْتَاجُ إلىٰ المَرِّ[٢] والقَدُومِ والفَأْسِ ونحوِ ذلك، ولا تَحْضُرُهُ هذه الآلاتُ، ويَتَعَذَّرُ عليه شراؤُها؛ لاستعمالِها مرَّةً واحدةً، فشَرَعَ الشارعُ العَارِيَّةَ ليَتَوسَّلَ بها إلىٰ دَفْعِ الحاجةِ.

قولُه: (وَهِيَ تُمْلِيكُ الْمَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[٣]، وهذا الذي ذكَره هو اختيارُ أبي بكرٍ الرَّازِيِّ رحمه الله.

قال في «شرح الأقطع»: «وكان الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله يَقُولُ: إنها إباحةُ المنافعِ[٤]، ورُوِيَ ذلك عن أصحابِ الشَّافعيِّ رحمهم الله».

وجهُ قولِ الكَرْخِيِّ: أنها لو كانت تمليكَ المنافعِ لا إباحةً؛ لكان بيانُ المدَّةِ مِن شَرْطِها؛ لأن تمليكَها معَ الجهالةِ لا يَصِحُّ، أصْلُه: الإِجَارةُ، ولأنها لو كانت[٥] تمليكًا لجاز إجارةَ المُسْتَعِيرِ مِن غيرِه كالمُسْتَأْجِرِ، ولهذا تَنْعَقِدُ بلفظِ الإباحةِ بأنْ

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الإجارة/ باب في تضمين العارية [رقم/٣٥٦٦]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب العارية/ باب تضمين العارية [رقم/٥٧٧٦]، ومن طريقه ابن حزم في «المحلىٰ» [١٧٣/٩]، وأحمد في «المسند» [٢٢٢/٤]، من طريق عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَعْلَى، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه به.
قال ابنُ حزم: «هذا حديث حسن، ليس في شيء مما رُوِيَ في العارية خبَرٌ يصح غيرُه».

(٢) المَرُّ: المِسْحاةُ أو مَقْبِضُها، وكذلك هو مِن المِخْرَاث. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٣].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤١٩].

(٥) وقع بالأصل: «لأنها كانت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

غَيْرِه، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِيكِ، فَإِنَّ العَارِيَةَ مِنَ العَرِيَّةِ وَهِيَ العَطِيَّةُ وَلِهَذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيْكِ، وِالمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالأَعْيَانِ.

وَالتَّمْلِيكُ نَوْعَانِ: بِعِوَضٍ، وَبِغَيْرِ عِوَضٍ، ثُمَّ الأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوْعَيْنِ،

غاية البيان

قال: أبحْتُ ركوبَ هذه الدَّابَّةَ لك، أوْ أبحْتُ لُبْسَ هذا الثوبَ لك.

وكذلك يَصِحُّ نَهْيُ المُعِيرِ المُسْتَعِيرَ عن الانتفاعِ، فلو كانت تمليكًا لم يَصِحَّ كما في الْإِجَارةِ، أَلَا تَرَىٰ أنه لو آجَرَ دابَّتَه شهرًا، ثم قبلَ انقضاءِ المدَّةِ لو نهاه عن الانتفاعِ بها لم يَصِحَّ.

ووجهُ ما ذهَب إليه أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: أن العَارِيَّةَ والعَرِيَّةَ أحدُهما مُشْتقٌّ مِن الآخَرِ، ولكن خُصَّ كلُّ واحدٍ منهما باسمٍ، فقالوا في تمليكِ الأعيانِ: عَرِيَّةٌ، وفي تمليكِ المنافعِ: عَارِيَّةٌ، فدلَّ أن العَارِيَّةَ تمليكٌ لا إباحةٌ، ولهذا تَنْعَقِدُ بلفظِ التمليكِ، أَلَا تَرَىٰ أنه لو قال: ملَّكْتُكَ سُكْنَىٰ هذه الدارِ شهرًا صحَّ.

والدليلُ علىٰ هذا: أن المُسْتَعِيرَ يَجُوزُ له أنْ يُعِيرَ مِن غيرِه، فلو كانت إباحةً لم يَمْلِكْ أنْ يُمَلِّكَها مِن غيرِه؛ كالمباحِ له الطعامُ، لا يَجُوزُ له أنْ يُبِيحَ مِن غيرِه.

أما عدمُ شَرْطِ بيانِ المدَّةِ: فلأن الجهالةَ ليست بمُفْضيةٍ إلىٰ المنازعةِ؛ لأن المُعِيرَ يتَمَكَّنُ من الاستردادِ متىٰ شاء، وإنما يُشْتَرطُ بيانُ المدَّةِ في الْإِجَارَةِ دفْعًا للمنازعةِ.

وانعقادُها بلفظِ الإباحةِ بسبيلِ الِاسْتِعَارةِ، كانعقادِ الْإِجَارَةِ بلفظِ الإباحةِ، وإنما لم يَمْلِكِ المُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ؛ لأن الْإِجَارَةَ عَقْدٌ جائزٌ لا لازمٌ، فلو جاز له أنْ يُؤَجِّرَ؛ انقلبَتْ من الجوازِ إلىٰ اللزومِ، وفيه ضرَرٌ بِالمُعِيرِ، وخرَج الجوابُ عن صحَّةِ النهيِ؛ لأنها لَمَّا كانت جائزةً كان للمُعِيرِ أنْ يَنْهَىٰ.

قولُه: (وَالتَّمْلِيكُ نَوْعَانِ: بِعِوَضٍ، وَبِغَيْرِ عِوَضٍ، ثُمَّ الأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوْعَيْنِ،

فكَذَا الْمَنَافِعُ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الْحَاجَةِ، وَلَفْظَةُ الْإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ، كَمَا فِي الإِجَارَةِ، فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِةِ الإِبَاحَةِ، وَهِي تَمْلِيْكٌ. وَالجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَىٰ الْمُنَازَعَةِ؛ لِعَدَمِ اللُّزُومِ فَلَا تَكُونُ ضَائِرَةً؛ وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ بِالقَبْضِ وَهُوَ الانْتِفَاعُ. وَعِنْدَ ذَلِكَ لَا جَهَالَةَ، وَالنَّهْيُ مَنْعٌ عَنِ التَّحْصِيلِ فَلَا يَتَحَصَّلُ المَنَافِعُ عَلَىٰ مُلْكِهِ. وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ **عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ،** [١٠٦/و].

قَالَ: **وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَعَرْتُكَ؛** لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيْهِ **وَأَطْعَمْتُك هَذِهِ الْأَرْضَ؛** لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَل فِيْهِ **وَمَنَحْتُك هَذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُك عَلَىٰ هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الْهِبَةَ؛** لِأَنَّهُمَا لِتَمْلِيكِ العَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الهِبَةَ تُحْمَلُ عَلَىٰ تَمْلِيكِ المَنَافِعِ تَجَوُّزًا.

غاية البيان

فَكَذَا الْمَنَافِعُ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الْحَاجَةِ)، أي: بينَ الأعيانِ[1] والمنافعِ.

يعني: إنما جاز التمليكُ بنوعَيْه، بعِوَضٍ وبغيرِ عِوَضٍ في الأعيانِ دفْعًا لحاجةِ الناسِ؛ لأنهم يَحْتَاجُون إلىٰ نَوْعَي التمليكِ، وهذا المعنىٰ موجودٌ في المنافعِ، فيَجُوزُ تمليكُها بالنوعيْنِ جميعًا، ثم تمليكُ العينِ بعِوَضٍ كَالبَيْعِ، وبغيرِ عِوَضٍ كَالهِبَةِ، والصَّدَقَةِ، والوَصِيَّةِ، ونحوِ ذلك، وتمليكُ المنفعةِ بعِوَضٍ كَالْإِجَارَةِ، وبغيرِ عِوَضٍ كالعَارِيَّةِ.

[٢٥١/٦و/م] **قولُه: (وَلَفْظَةُ الْإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ...)**، إلىٰ آخرِه. جوابٌ عمَّا قال الكَرْخِيُّ، وقدِ انْدَرَج الجوابُ فيما قُلنا.

قولُه: (عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكَره من الدليلِ عندَ قولِه: **(وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ** [٤٥٤/٢ظ] **أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ)**.

قولُه: (قَالَ: وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ: أَعَرْتُكَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في **«مختصره»**.

---

(١) وقع بالأصل: «أي: من الأعيان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَأَخْدَمْتُك هَذَا الْعَبْدَ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي اسْتِخْدَامِهِ وَدَارِي لك سُكْنَى؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لَكَ وَدَارِي لَكَ عُمْرِي سُكْنَى؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ سُكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمْرِهِ. وَجَعَلَ قَوْلَه سُكْنَى تَفْسِيرًا؛ لِقَوْلِهِ لَكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ آخِرِه.

غاية البيان

وتمامُه فيه: «وأطعمتُك هذه الأرضَ، ومنحتُك هذا الثوبَ، وحمَلْتُك على هذه الدَّابَّةِ إذا لم يُرِدْ به الهِبةَ، وأخدَمْتُك هذا العبدَ، ودارِي لك سُكْنَى، ودارِي لك عُمرِي سُكْنَى»[1]. إلى هنا لفظُ «**المختصر**».

أما قولُه[2]: «أَعَرْتُك»، فإنما تَصِحُّ العَارِيَّةُ به؛ لأنه صريحٌ فيها.

وأما قولُه: «أطعمتُك هذه الأرضَ»، فهو مستعملٌ في العَارِيَّةِ مجازًا لا حقيقةً؛ لأنه يُقالُ: أطْعَمَه فطَعِمَ، ونفْسُ الأرضِ لا تُطْعَمُ، فكان المرادُ: طعْمَ ما يَخْرُجُ منها بطريقِ إطلاقِ اسمِ السببِ على المُسَبَّبِ، وهو مِن طرُقِ المجازِ.

وأما قولُه: «منحتُك هذا الثوبَ»، و«حمَلْتُك على هذه الدَّابَّةِ»، إنما يُرَادُ به تمليكُ العينِ بطريقِ الهِبةِ، فإذا لم يُرِدْ به الهِبةَ حُمِلَ على العَارِيَّةِ مجازًا؛ إذْ هو أقلُّ ما يقتَضِيه اللفظ.

وأمَّا قولُه: «أخدمْتُك هذا العبدَ»، أي: جعلتُه خادمًا لك، فهو إِذْنٌ في الاستخدامِ، وهو معنى العَارِيَّةِ؛ لأنه ملَّكَه منفعةَ العبدِ بغيرِ عِوَضٍ.

وأما قولُه: «داري لك سُكْنَى، أو داري لك عُمري سُكْنَى». فهو العَارِيَّةِ؛ لأن معناه: سُكْناها لك، أوْ سُكناها لك مدَّةَ عُمرِك، فتمليكُ السُّكْنَى تمليكُ المنفعةِ، فكان عَارِيَّةً.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].
(٢) أي: القُدُورِيَّ ﷺ.

قَالَ: وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يرْجعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَىٰ شاءَ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ»؛ وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُمْلَكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَىٰ حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمْلِيكُ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْقَبْضُ فَصَحَّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

غاية البيان

وقولُه: «سُكْنَىٰ»: منصوبٌ بطريقِ التمييزِ من قولِه: «لك»؛ لأن قولَه: «داري لك». يَحْتَمِلُ الوجهَيْنِ: تمليكُ عيْنِ الدَّارِ، وتمليكُ منفعةِ الدارِ، فخرَج قولُه: «سُكْنَىٰ». تفسيرًا قاطعًا للاحتمالِ، فتعَيَّنَتِ العَارِيَّةِ.

وفرَّقَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ بينَ قولِه: «هذه الدارُ لك سُكْنَىٰ، أو عمرِي سُكْنَىٰ». وبينَ قولِه: «هي لك لتسكُنَها». فقال: «لو قال: هي لك لتسكُنَها؛ كان تمليكًا للدارِ؛ لأنه أضاف التمليكَ إلىٰ رقبةِ الدارِ، وقولُه: «لتسكنَها». مَشُورةٌ، فلا تتغيَّرُ به قضيَّةُ العقدِ».

قولُه: (قَالَ: وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَىٰ شَاءَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[(١)]، وذلك لقولِه ﷺ: «**الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالْعَارِيَّةَ مُؤَدَّاةٌ**»[(٢)]، أي: يَجِبُ ردُّها، ويَجِبُ أداؤُها.

قال التِّرْمِذِيُّ ﷺ في «جامعه» في أبوابِ الوصايا: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ حُجْرٍ، وَهَنَّادٌ، [قَالا][(٣)]**: حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عَيَّاشٍ**[(٤)]**، قَالَ: حَدَّثَنَا شُرَحْبِيلُ بْنُ مُسْلِمٍ**

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الإجارة/ باب في تضمين العارية [رقم/٣٥٦٥]، والترمذي في كتاب الوصايا عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء لا وصية لوارث [رقم/٢١٢٠]، وأحمد في «المسند» [٥/٢٦٧]، والدارقطني في «سننه» [٣/٤٠]، من حديث أَبِي أُمَامَةَ ﷺ به.

قال الترمذي: «هو حديث حسن». وقال ابن الملقن: «هذا الحديث حسن». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/٧٠٧].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع عند الترمذي.

(٤) وقع بالأصل: «عباس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ، إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ؛ لَمْ يَضْمَنْهَا.

الخَوْلَانِيُّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ البَاهِلِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ فِي خُطْبَتِهِ عَامَ حَجَّةِ الوَدَاعِ: «إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ، وَحِسَابُهُمْ عَلَى اللهِ، وَمَنِ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، أَوِ انْتَمَى إِلَى غَيْرِ مَوَالِيهِ؛ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ التَّابِعَةُ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ، لَا تُنْفِقُ امْرَأَةٌ مِنْ [٦/٢٥١ظ/م] بَيْتِ زَوْجِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللهِ وَلَا الطَّعَامَ؟ قَالَ: «ذَاكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا». ثُمَّ قَالَ: «العَارِيَّةَ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»[(١)].

قال الزَّمَخْشَرِيُّ ﵀ في «الفائق»: «مِنْحَةُ الوَرِقِ: القَرْضُ، ومِنْحَةُ اللَّبَنِ: أنْ يُعِيرَ أخاه ناقتَه، أو شاتَه فيَحْتَلِبَها مدَّةً ثم يردَّها، ومنه قولُه ﵇: «العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ».»[(٢)]. إلى هنا لَفْظُ «الفائق».

ولأن العَارِيَّةَ تبرُّعٌ بتمليكِ المنافعِ، والمنافعُ تُوجَدُ شيئًا فشيئًا، وإنما يتملَّكُها المُسْتَعِيرُ بقَبْضِها حالَ وجودِها، فما لم تُوجَدْ لا يَحْصُلُ القبضُ، فقَبْلَ القبضِ يَصِحُّ الرجوعُ في التَّبَرُّعِ بالأعيانِ، فلَأَنْ يَصِحَّ قبلَ القبضِ في التَّبَرُّعِ بالمنافعِ أَوْلَى.

قولُه: (قَالَ: وَالْعَارِيَّةُ [٢/-و][(٣)] أَمَانَةٌ، إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ؛ لَمْ يَضْمَنْهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[(٤)]، ولو شرَطَ الضَّمَانَ في العَارِيَّةِ، هل تَصِحُّ؟ فالمشايخُ مختلفون فيه كذا في «التحفة»[(٥)].

---

(١) مضى تخريجه في الذي قبله.

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٣/٣٨٩].

(٣) سقط الترقيم الدخلي لهذه اللوحة سهوا، وإثبت في التي تليها.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٣].

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/١٧٧].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهُ لِنَفْسِهِ لَا عَنِ اسْتِحْقَاقِ فَيَضْمَنُهُ، وَالإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الانْتِفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ وَصَارَ كَالمَقْبُوضِ عَلَىٰ سَومِ الشِّرَاءِ.

﴿ غاية البيان ﴾

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»[1]: رَجلٌ قال لآخرَ: «أعِرْنِي ثوبَك، فإنْ ضاع فأنا له ضامنٌ، قال: لا يَضْمَنُ»، ونقله عن «المنتقىٰ».

وقال الشَّافعيُّ رضي الله عنه: العَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ[2]. والخلافُ فيما إذا هلَك في غيرِ حالةِ الانتفاعِ، فأمَّا إذا هلَك في حالةِ الانتفاعِ؛ لا يَضْمَنُ بالإجماعِ، وهو الظاهرُ مِن أقوالِه. كذا في «الطريقة البرهانية» المطوَّلةِ.

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو تعدَّىٰ ضَمِن بالإجماعِ؛ نحوُ أن يَحْمِلَ عليها ما يُعْلَمُ أنها لا تَحْمِلُ مِثْلَه، وكذا إذا استعمَلَها ليلًا ونهارًا، فيما لا تُسْتَعْمَلُ فيه الدوابُّ في العُرْفِ والعادةِ فعَطِبَتْ؛ ضَمِن قيمتَها؛ لأن العَارِيَّةَ المُطْلَقَةَ تَخْتَصُّ بالعُرْفِ، والمعروفُ بالعُرْفِ كالمشروطِ بالشرطِ واللفظِ»[3].

وَجهُ قولِ الشَّافعيِّ رضي الله عنه: أنه قبَضَ مالَ الغيرِ لمنفعةِ نفسِه، لا عَنِ استحقاقٍ، فيَكُونُ مَضْمُونًا عليه كالمقبوضِ علىٰ سَوْمِ الشراءِ؛ وذلك لأن منفعةَ العينِ عائدةٌ إلىٰ المُسْتَعِيرِ، ولكن لا باستحقاقٍ؛ لأن الإِعَارةَ تَبَرُّعٌ بالمنفعةِ لا بالعينِ، والإذْنُ بقَبْضِ العينِ ثبَتَ ضرورةَ الانتفاعِ بالعينِ، والثابتُ بالضرورةِ يَتقدَّرُ بقَدْرِ الضرورةِ، فيَظْهَرُ الإذنُ في حالةِ الانتفاعِ لا فيما عدَاه، وفيما عدَاه يَكُونُ قبضًا بغيرِ حقٍّ، فيَكُونُ مُوجبًا لِلضَّمانِ، بخلافِ المُودَعِ، فإنه ما قبَضَ الوَدِيعَةَ لمنفعةِ نفسِه،

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٦٣].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١١٥/٧]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٢٨٠/٤]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٣٧٧/٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧١].

وَلَنَا: أَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئ عَنْ الْتِزَامِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لِتَمْلِيكِ المنافع بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ لِإِبَاحَتِهَا، وَالقَبْضُ لَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا فِيهِ، وَالإِذْنِ وَإِنْ ثَبَتَ

بل لمنفعةِ مالِكِه، فلا يَضْمَنُ، وبخلافِ المُسْتَأْجِرِ، فإنه[1] قبَضَ العينَ عن استحقاقٍ، فلا يَضْمَنُ.

ولنا: ما حدَّثَ[2] صاحبُ «**السنن**»: بإسنادِه إلى عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ، عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَعْلَى، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: قَالَ ﷺ: «**إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَأَعْطِهِمْ ثَلَاثِينَ دِرْعًا، وَثَلَاثِينَ بَعِيرًا**». قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللهِ، أَعَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ أَوْ عَارِيَّةٌ مُؤَدَّاةٌ؟ قَالَ: «**بَلْ مُؤَدَّاةٌ**»[3]. ذكَره قُبَيْلَ كتابِ الأقضيةِ، وهو صَفْوَانُ بْنُ يَعْلَى بْنِ أُمَيَّةَ. كذا ذكَر الكَرْخِيُّ في «**مختصره**».

وذكَر الكَرْخِيُّ في كتابِ [٦/٢٥٢و/م] **الوَدِيعَةِ من «مختصره»**[4]: بإسنادِه إلى عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ﷺ قَالَ: «**الْعَارِيَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْوَدِيعَةِ، لَا يَضْمَنُ صَاحِبُهَا إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى**»[5].

---

(١) وقع بالأصل: «فلأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «وأما حديث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) مضى تخريجه قريبًا.

(٤) قد راجعْنا نسختَيْن مِن «مختصر الكَرْخِيِّ» فلَمْ نجد فيهما هذه الأخبار مُسْنَدة! وإنما رأينا بعضها مُعلَّقًا وحسب!
أ ـ أمَّا النسخةُ الأُولَى: فهي الممْزُوجة بشَرْح أبي الفضل ركْن الدين الكِرْمانِيّ [ق٢٥٩/ب/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].
ب ـ والنسخة الثانية: هي الممْزُوجة بشَرْح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُورِيّ [٣/ق١٦٤/ب/ مخطوط مكتبة رضا ـ رامبور/ الهند/ نقْلًا عن مصوَّرات الجامعة الإسلامية/ (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].
وقد مضى التنبيه: على أنه لا يكاد يوجد: «مختصر الكَرْخِيّ» إلا ممْزُوجًا بالشروح عليه! فلَمْ يبْقَ إلا ما كنَّا أبدَيْناه سابقًا مِن أن القُدُورِيَّ والكِرْمانِيَّ كان يتصرَّفان في عبارة الكَرْخِيّ، فيأْتِيَان بالمعنى دون اللفظ، مع اختصارهما أسانيدَ الرجل في «مختصره»!

(٥) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٥]، عن عُمَر بن الخَطَّاب ﷺ به.

لِأَجْلِ الانْتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبَضَهُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ فَلَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا، ....

وَحَدَّثَ الكَرْخِيُّ أيضًا: عن الرَّمَادِيِّ، عَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ، عَنْ إِسْرَائِيلَ، عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى، عَنْ مُحَمَّدِ ابْنِ الحَنَفِيَّةِ: أَنَّ عَلِيًّا ﷺ قَالَ: «**لَا يَضْمَنُ الْعَارِيَّةَ، إِنَّمَا هُوَ المَعْرُوفُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ**»[1].

وذكَر الكَرْخِيُّ أيضًا ـ في باب ما جاء في العَارِيَّةِ ـ: وَعَنِ الشَّعْبِيِّ وَإِبْرَاهِيمَ، وَعَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ وَالْحَكَمُ وَحَمَّادُ، وَعَنْ شُرَيْحٍ وَعَنِ الْحَسَنِ البَصْرِيِّ ﷺ: «أَنَّ صَاحِبَ العَارِيَّةِ مُؤْتَمَنٌ لَا يَضْمَنُ».

والفقهُ في المسألةِ: أن سببَ الضَّمَانِ لم يُوجَدْ، فلا يَضْمَنُ.

والدليلُ على أن سببَ الضمانِ لم يُوجَدْ: أن الموجودَ العقدُ والقبضُ، فلا يَصْلُحُ العقدُ سببًا لِلضَّمَانِ؛ لأنه عقدُ تَبَرُّعٍ، والتَّبَرُّعُ لا يَصْلُحُ سببًا لِلضَّمَانِ، وكذا القبضُ لا يَصْلُحُ سببًا لِلضَّمَانِ؛ لأنه حصَل بإذْنِ المالكِ؛ لأنه لو قال له: اقْبِضْ هذا، أوْ قال: أذِنْتُ لك بقَبْضِه، والقبضُ الحاصلُ بإذْنِ المالكِ لا يَكُونُ سببًا لِلضَّمانِ، ولهذا لم يَكُنْ سببًا لِلضَّمانِ في حالةِ الانتفاعِ، ولأن القبضَ في كونِه سببًا لِلضَّمانِ دونَ الإتلافِ، ثم الإتلافُ إذا كان بإذْنِ المالكِ لا يُوجِبُ الضَّمانَ، فكذا القبضُ بالإذنِ بالطريقِ الأَوْلَى.

[٢-ظ] والجوابُ عن قولِه: والإِذْنُ بقَبْضِ العينِ ثبَتَ ضرورةَ الانتفاعِ.

قلنا: لَمَّا مسَّتِ الحاجةُ والضرورةُ إلى إظهارِ الإذنِ بالقبضِ في حالةِ الانتفاعِ؛ [مسَّتِ الضرورةُ إلى إظهارِ الإذْنِ بالقبضِ في غيرِ حالةِ الانتفاعِ][2]

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠٥٥٣]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٤٧٨٨]، من طريق مُحَمَّدِ ابْنِ الْحَنَفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ به.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً كَنَفَقَةِ الْمُسْتَعَارِ ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، لَا لِنَقْضِ الْقَبْضِ .

أيضًا ، وهي حالةُ الإمساكِ ؛ لأن الإنسانَ إنما يَنْتَفِعُ بمِلْكِ غيرِه ، كما يَنْتَفِعُ بمِلْكِ نفسِه ، ولا يَنتَفِعُ بمِلْكِ نفسِه دائمًا آناء الليلِ وأطرافَ النهارِ ، وإنما يَنْتَفِعُ ساعةً ويُمْسِكُ أُخرىٰ ، ولوِ انْتَفَع بِالعَارِيَّةِ دائمًا يَضْمَنُ ، كما إذا ركِبَها ليلًا ونهارًا فيما لا يَكُونُ العُرْفُ كذلك ، فثبَت أن القبضَ في غيرِ حالةِ الانتفاعِ أيضًا مأذونٌ ، فلا يُوجِبُ الضَّمانَ .

والجوابُ عن المقبوضِ[1] **علىٰ سومِ الشراءِ فنقولُ:** وجَب الضَّمانُ ثَمَّةَ بالعقدِ لا بالقبضِ ؛ لأنه عقْدُ مُعَاوَضَةٍ لا عقْدُ تَبَرُّعٍ .

فَإِنْ قُلْتَ: العقد مَعْدُوم لم يوجَد بعْد ، فكيف يقال: الضَّمَان بالعقد؟

قُلْتُ: العقد وإنْ كان معدومًا حقيقةً ، جُعِلَ موجودًا تقديرًا ؛ صيانةً لأموال الناس عن الضياع ، إذا لم يرْضَ المالكُ بخروج مِلْكه مجانًا ؛ لأن القبض علىٰ سَوْم الشراء وسيلة إلىٰ الشراء ، فأُقِيمَ الوسيلةُ مقامَ الحقيقةِ نظرًا له ، إلا أن الأصلَ في ضَمانِ العقودِ هو القِيمَةُ ؛ لكونِها مثلًا كاملًا ، وإنما يُصَارُ عن القِيمَةِ إلىٰ المسمَّىٰ إذا وُجِدَ العقدُ حقيقةً ، وإذا لم يُوجَدْ حقيقةً ؛ صِير إلىٰ ما هو الأصلُ .

قولُه: (وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً كَنَفَقَةِ الْمُسْتَعَارِ ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، لَا لِنَقْضِ الْقَبْضِ) ، جوابٌ عن قوله: **(وَلِهَذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ)** .

معناه: أن الخصمَ يَقُولُ: مالٌ مَضْمُونُ الردِّ ، فكان مَضْمُونَ العينِ [٦/٢٥٢ظ/م] كالمغصوبِ ؛ فقال في جوابِه: الردُّ مِن مُؤَنِ القبضِ الواقعِ له ، ومَن حَصَّل لنفسِه نفعًا فعليه مَئُونَتُه ، كما يَجِبُ علىٰ المُسْتَعِيرِ نفقةُ العَارِيَّةِ ، فأمَّا أنْ يَكُونَ القبضُ تَعَدِّيًا فلا .

(١) وقع بالأصل: «عن القبول». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

وَالمَقْبُوضُ عَلَىٰ سَومِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالعَقْدِ؛ **لِأَنَّ الْأَخْذَ فِي الْعَقْدِ لَهُ حُكْمُ الْعَقْدِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.**

غاية البيان

على أنَّا نَقُولُ: ذلك الأصلُ منقوضٌ بالحربيِّ إذا غَصَب مالَ المسْلمِ، فإنه مَضْمُونُ الردِّ عندَهم، وليس بِمَضْمُونِ العينِ، وبالحَمَّالِ إذا استُؤْجِرَ لحَمْلِ العينِ؛ فإنها مَضْمُونةُ الردِّ دونَ العينِ، وبالعبدِ المرتدِّ إذا غُصِبَ؛ فإنه مالٌ مَضْمُونُ الردِّ غيرُ مَضْمُونِ العينِ، وبالمشتري إذا قبضَ المَبِيعَ بغيرِ إذْنِ البائعِ قبلَ نَقْدِ الثَّمَنِ.

والمعنىٰ[1] **في الأصلِ**: أنه قبَضَه علىٰ وَجْهِ التعدِّي، فكان مَضْمُونًا، وفي مسألتِنا قَبَضَه[2] بإذْنِ مالِكِه، لا علىٰ وَجْهِ التمليكِ والوثيقةِ، فلَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا. كذا في «**مختصر الأسرار**».

قولُه: (**لِأَنَّ الْأَخْذَ فِي الْعَقْدِ لَهُ حُكْمُ الْعَقْدِ**)، **فتذَكَّر هنا السؤالَ الذي قلنا**: في أن العقدَ ليس بموجودٍ، وجوابُه قُبَيْلَ هذا.

ثم لَمَّا العقدُ جُعِلَ موجودًا تقديرًا، كان للقبضِ في العقدِ حُكْمِ القبضِ؛ لأن القبضَ مُؤَكِّدٌ للمِلْكِ، ولهذا لو هلَك المهرُ أوْ دخَل فيه عيبٌ؛ كان الهلاكُ والعيبُ علىٰ الزوجِ، ولو كان الهلاكُ أوِ العيبُ بعدَ التسليمِ؛ كان عليها.

فَعُلِمَ: أن القبضَ له شبَهٌ بابتداءِ العقدِ، وقد ذكَرْناه قُبَيْلَ بابِ نكاحِ الرقيقِ، وذكَرْنا أيضًا في بابِ خيارِ العيبِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ)، يتعَلَّقُ بقولِه: (**وَالْمَقْبُوضُ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالْعَقْدِ**)، أي: عُرِفَ ذلك في نُسَخِ «**طريقة الخلاف**»، وكونُ العَارِيَةِ أمانةٌ أوْ مَضْمُونَةٌ مُسْتَقْصًىٰ في «**طريقة الخلاف**»، وقيل: أشار به صاحبُ «**الهداية**»

---

(١) يعني: في المغصوب. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».

(٢) وقع بالأصل: «مسألتنا قوله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ، فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضمِن؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَةِ وَالشَّيءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا لَازِمًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطٍ مِنَ المُعِيرِ، وَفِي وُقُوعِهِ لَازِمًا زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالمُعِيرِ لِسَدِّ بَابِ الاسْتِرْدَادِ إِلَىٰ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمِنَهُ

غاية البيان

إلىٰ كتابِ الإجاراتِ مِن «**المبسوط**».

قال الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «**مختصره**» المسمَّىٰ بـ«**الكافي**»: «رجلٌ استعار مِن رَجُلٍ سلاحًا؛ ليُقاتِل به، فضربَ بالسيفِ فانْقَطَع نصفينِ[1]، أوْ طعنَ بالرمحِ فانكسَر، قال: لا ضَمانَ عليه»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ «**الكافي**»، وذلك لأنه هلَك مِن عملٍ مأذونٍ فيه، فيَصيرُ مأذونًا [٢/٤٥٥و] فيه ضرورةً.

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «رجلٌ دخَل الحَمَّامَ، واستعملَ قِصَاعَ الحَمَّامِ فانكسَرَتْ؛ لا ضَمانَ عليه، وكذا إذا أخذَ كُوزَ الفُقَّاعِ[3] ليشْربَ، فسَقَط وانكسَر؛ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنه عَارِيَّةٌ في يدِه»[4].

قولُه: (**قَالَ: وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ**)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[5].

قال الحاكمُ الشهيدُ في «**مختصره**» المسمَّىٰ بـ«**الكافي**»: «وإذا استعار الرَّجُلُ

---

(١) وقع بالأصل: «بنصفين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٧٦/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٢) ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٦].

(٣) **الفُقَّاع**: شَرابٌ يُتَّخَذُ مِن الشعير، وسُمِّيَ به: لِمَا يرتفع في رأسه ويعْلُوه مِن الزَّبَد. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٢٠].

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

حِيْنَ سَلَّمَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ العَارِيَةُ كَانَ غَصْبًا، وَإِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمِنَ المُسْتَأْجِرَ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ [١٠٦/ظ] لِنَفْسِهِ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ المُسْتَعِيرَ لَا يَرْجِعُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجر مِلْك نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ المُسْتَأْجِر يَرْجِعُ عَلَى المُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَةً فِي يَدِهِ دَفْعًا لِضَرَرِ الغُرُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

غاية البيان

مِن الرَّجُلِ دابَّةً على أن يَذْهَبَ بها حيثُ شاء، ولم يُسَمِّ مكانًا ولا وقتًا، ولا ما يَحْمِلُ عليها، فذهَب بها إلى الحِيرَةِ، أوْ أمسَكها بالكوفةِ شهرًا يَحْمِلُ عليها، أوْ يُؤَاجِرُها؛ قال: لا ضَمانَ عليه في شيءٍ من ذلك، إلا [٦/٢٥٣و/م] في الْإِجَارةِ خاصَّةً، فإنه حيثُ آجَرَها صار ضامنًا، ويتصدَّقُ بالغَلَّةِ»[1]. إلى هنا لفظُ «**الكافي**».

وذلك؛ لأنه أمَره بالانتفاعِ مطلقًا، والمُطْلَقُ يَتناوَلُ أيَّ انتفاعٍ شاء، وإليه التعيينُ بفِعْله: إنْ شاء استعمَلها في الركوبِ، أوْ في الحمْلِ عليها، وأيُّ ذلك فعَلَ لا يُمْكِنُه أن يَفْعَلَ غيرَه بعدَ ذلك؛ لأن المُطْلَقَ إذا تعيَّن تقيَّد؛ فلا يبقى مطلقًا بعد ذلك، ولا يَمْلِكُ الْإِجَارةَ أصلًا؛ لأنها عقْدٌ لازمٌ، والعَارِيَّةُ عقْدٌ جائزٌ، وبناءُ اللازمِ على الجائزِ لا يَجُوزُ.

وقد قال **بعضُ أصحابِنا**: بأنه يَمْلِكُ الْإِجَارةَ، وتَنْعَقِدُ جائزةً لا لازمةً. كذا قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»، ثم قال فيه: «والصحيحُ أنه لا تَنْعَقِدُ الْإِجَارةُ؛ لأن مِن أصولِ أصحابِنا: أن المنافعَ لا قِيمَةَ لها، وإنما تتقوَّم بالعقدِ لأجْلِ الحاجةِ، ولهذا لم يَمْلِكْ أنْ يُؤَاجِرَ بأكثرَ مما استأجَر؛ لأن القِيمَةَ لَمَّا ظهرَتْ بالشرطِ؛ اقتصرَتْ على المشروطِ، فلَمْ تتقومْ فيما وراءَه، وفي العَارِيَّةِ لا شرطَ؛ فلا قِيمَةَ فلم تصحَّ الْإِجَارَةُ.

(١) ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٦].

قَالَ: وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ.

فإذا فعَلَ ذلك وآجَرَها؛ صار بمنزلةِ الغَاصِبِ، والغَاصِبُ إذا فعَلَ ذلك يَمْلِكُ الأُجْرةَ، ويتصدَّقُ بها؛ لأنها حصلَتْ بسببٍ خبيثٍ، وهو استعمالُ مالِ الغيرِ، فكان سبيلُه التصدُّقُ».

وقال في «تحفة الفقهاء»: «وليس للمُسْتَعِيرِ أنْ يُؤَاجِرَ لِمَا ذَكَرْنا، فإنْ فعَل فهو ضامنٌ حين سَلَّمَه إلى المُسْتَأْجِرِ، ويَكُونُ المُعِيرُ بالخيارِ، إنْ شاء ضَمَّن المُسْتَعِيرَ، وإنْ شاء ضَمَّن المُسْتَأْجِرَ؛ لوجودِ التعدِّي منهما، فإنْ ضمَّن المُسْتَعِيرَ لم يَرْجِعْ على المُسْتَأْجِرِ؛ لأنه ملَكَ العينَ بِالضَّمانِ، فكأنه آجَرَ مِلْكَ نفسِه فهلَكَ.

وإنْ ضمَّن المُسْتَأْجِرَ: إنْ كان لا يَعْلَمُ أنه عَارِيَّةٌ؛ يَرْجِعُ على المُسْتَعِيرِ؛ لأنه ضمنَ الدركَ بإيجابِ عقْدٍ فيه بَدَلٌ، فيَكُونُ غُرُورٌ، فأمَّا إذا كان يَعْلَمُ: لا يَرْجِعُ؛ لأنه لا غُرُورٌ فيه، والرجوعُ بحُكْمِ الغُرُورِ»(١).

وهذا مجْمَلُ ما أطلَقه الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره» بقولِه: «فأيَّهما ضَمَّن: لم يَرجِعْ على صاحبِه». أعني: إنما لا يَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ على المُسْتَعِيرِ إذا علِم أنها عَارِيَّةً.

قولُه: (قَالَ: وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(٢).

ولفظُ محمدٍ ﷺ في «الجامع الصغير»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُل استعار من رجلٍ دَابَّةً، ولم يُسَمِّ شيئًا، قال: له أنْ يُعِيرَها، وليس له أنْ يُؤاجِرَها، فإنْ آجَرَها فعطِبَتْ؛ فهو ضامنٌ»(٣). إلى هنا لفْظُه في أصلِ «الجامع الصغير».

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٧٩/٣].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةُ المَنَافِعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَا مِنْ قَبْل، والمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الإِبَاحَةَ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ المَنَافِع غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكَوْنِهَا

غاية البيان

وقال في «مختصر الأسرار»: «يَجُوزُ للمُسْتَعِيرِ أنْ يُعِيرَ، وإنْ شرَطَ ألَّا يُعِيرَ إلا أن يَكُونَ المُعَارُ مما يَخْتَلِفُ باختلافِ المستَعْمِلِ، مِثْلُ ركوبِ الدَّابَّةِ، ولُبْسِ الثوبِ، فإنه إذا شرَط عليه ألَّا يُعِيرَ؛ لا يَجُوزُ خلافًا للشَّافعيِّ ﵁».

وقال في «شرح الأقطع» [٦/٢٥٣ظ/م]: «قال الشَّافعيُّ ﵁ [٢/٤٥٥ظ]: لا تَجُوزُ إعارةُ المُسْتَعِيرِ في أحدِ الوجهَيْنِ[1]»[2].

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: هذا بناءٌ على أن الْإِعَارَةِ تمليكُ المنفعةِ عندَنا، وعندَه: إباحةِ المنافعِ، والمباحُ له لا يَمْلِكُ الإباحةَ، ولهذا لا يَمْلِكُ الْإِعَارَةَ فيما يَتَفَاوتُ الناسُ فيه؛ كالركوبِ واللُّبْسِ.

ولنا: أن[3] لفظةَ الْإِعَارَةِ للتمليكِ، أَلَا تَرَىٰ أن الْإِعَارَةَ تَنْعَقِدُ به، فإنه لو قال: ملَّكْتُك منفعةَ هذا العينِ شهرًا؛ تَنْعَقِدُ إعارةً، ولأن العاريَّةَ مِن العَرِيَّةِ، وهي العطِيَّةُ، فكانت بمعنى التمليكِ، والمالكُ للشيءِ يَمْلِكُ التمليكَ فيه بقَدْرِ ما مُلِّكَ، كما في المُسْتَأْجرِ والمُوصَىٰ له بالخدمةِ يَمْلِكُ الْإِجَارةَ.

ولأن المنافعَ قابلةٌ للتمليكِ؛ لصحَّةِ عقْدِ الْإِجَارةِ عليها، فجُعِلتِ الْإِعَارةُ للتمليكِ؛ لأن الحاجةَ قد تمسُّ إليها بغيرِ عِوَضٍ، كما تمسُّ بعِوَضٍ، ولأن التَّبَرُّعَ بالمنفعةِ تارةً يَكُونُ في حالِ الحياةِ، وتارةً بعدَ الموتِ بِالوَصِيَّةِ، ثم للمُوصَىٰ له أن يُعِيرَ، فكذلك المُسْتَعِيرُ، ولَا نُسَلِّمُ أن المُسْتَعِيرَ لا يَمْلِكُ الْإِعَارةَ فيما يَتَفَاوَتُ

(١) والمذهب: هو عدم الجواز. وهو الصحيح. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/١٢٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣/٣٦٧]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٩٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٢١].

(٣) وقع بالأصل: «أنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

مَعْدُومَةً، وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهَا مَوجُودَةً فِي الإِجَارَةِ لِلضَّرُورَةِ. وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالإِبَاحَةِ هُنَا. وَنَحْنُ نَقُولُ: هُوَ تَمْلِيْكُ المَنَافِعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فيملك الإِعَارَةَ كَالمُوصَى

الناسُ فيه مطلقًا، بل له أنْ يُعِيرَ إذا أعارَه مطلقًا.

ثم العَارِيَّةُ ـ على ما قالوا في «**شروح الجامع الصغير**» ـ: على أربعةِ أوجهٍ:

أحدُها: أن تَكُونَ مُطْلَقَةً في حقِّ الوقتِ والانتفاعِ جميعًا، وفي هذا الوجهِ: للمُسْتَعِيرِ أن يَنْتَفِعَ به أيَّ منفعةٍ شاء، في أيِّ وقتٍ شاء، عمَلًا بإطلاقِ العقدِ.

والثاني: أن تَكُونَ مقيَّدةً في الوقتِ والانتفاعِ، بأنْ قَيَّدَه بيومٍ، وعيَّنَ نوعَ منفعةٍ؛ كالحَمْلِ والركوبِ، فليس له أن يَتَجَاوَز ذلك عمْلًا بالتقييدِ، إلا أن يَكُونَ ذلك خلافًا إلى خيرٍ أوْ إلى مِثْلِ ذلك، فحينَئذٍ لا يَضْمَنُ.

والخلافُ إلى خيرٍ، كما إذا شرَطَ المُعِيرُ أن يَحْمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيمِ حِنْطَةً، فحمَل عليها عشرةَ مَخَاتِيم شعيرٍ أوْ سِمْسِمٍ أو أُرْزٍ أوْ شيءٍ مِن الحبوبِ؛ مِثْلُ: كيلِ الحِنْطَةِ وخِفَّتِها؛ لا يَضْمَنُ استحسانًا؛ لأنه ليس بشَرْطٍ يُفِيدُ اعتبارَه؛ لأن صاحبَه لَمَّا رَضِيَ بِالحِنْطَةِ؛ كان أرضَى بما دونَها.

وفي القياسِ: يَضْمَنُ، وهو قولُ زُفرَ؛ لأنه مخالِفٌ، **والخلافُ إلى مِثْلِ ذلك**، كما إذا شرَطَ أنْ يحْمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيمَ مِن هذه الحِنْطَةِ، فحمَل عليها عشرةَ مَخَاتِيمَ[١] مِن حِنْطَةِ غيرِها، أوْ شرَط أن يحْمِلَ عليها حِنْطَةَ نفْسِه، فحَمَل عليها حِنْطَةَ غيرِه لا يَضْمَنُ؛ لأن التقييدَ إنما يُعْتَبَرُ إذا كان مفيدًا، وهذا التقييدُ لا يُفِيدُ.

والثالثُ: أن تَكُونَ مُقيَّدةً في الوقتِ، مُطْلَقَةً في الانتفاعِ.

والرابعُ: على العكسِ وهو: أن تَكُونَ مُطْلَقَةً في الوقتِ، مقَيَّدةً في الانتفاعِ،

(١) **المُخاتيم**: جَمْعُ مختوم، وهو مكيال معروف عندهم. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/٩٨].

لَهُ بِالْخِدْمَةِ، والمَنَافِع اُعْتُبِرَتْ قَابِلَة لِلْمِلْكِ فِي الإِجَارَةِ فَتجْعَل كَذَلِكَ فِي الإِعَارَة دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، ....

ففي الوجهَيْنِ: ليس له أن يَتَجَاوَز المسمَّى.

وفي مسألةِ «الجامع الصغير»: أطلقَ الوقتَ [٢٥٤/٦و/م] والانتفاعَ، فلا يتقَيَّدُ بشيءٍ منهما عملًا بالإطلاقِ، فإنْ شاء ركِب بنفسِه، وإنْ شاء حمَلَ، وإنْ أعارَ غيرَه للحَمْلِ جاز؛ لأن الناسَ لا يَتَفَاوَتُونَ في الحَمْلِ، والمُسْتَعِيرُ يَمْلِكُ الْإِعَارةَ فيما لا يَتَفَاوَتُ الناسُ فيه.

وإنْ أعارَه للركوبِ: صحَّ مِن حيثُ إنه تَعيينٌ للانتفاعِ والمنتفِعِ؛ لأن جهةَ الانتفاعِ والمنتفِعِ لم تَكُنْ مُعَيَّنةً، فإذا أعاره للركوبِ فقد عَيَّنَ جهةَ الانتفاعِ والمنتفِعِ، لا أنه تمليكٌ؛ لأن مَنِ استعار للركوبِ لا يَمْلِكُ أنْ يُعِيرَ غيرَه؛ لتفاوُتِ الناسِ في الركوبِ، لكن لَمَّا أطلَق كان تعيينُ الراكبِ مُفوَّضًا إلى المُسْتَعِيرِ، فإذا عَيَّنَ غيرَه تعَيَّن، حتى لو ركِب بعدَ ذلك بنفسِه ضَمِن، وإليه ذهَب فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ ﵀ في «شرح الجامع الصغير»، وتَبِعَه الصدرُ الشهيدُ.

وقال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه ﵀: «إنه لا يَضْمَنُ، وهذا أصحُّ عندِي؛ لأن المُسْتَعِيرَ مِن المُسْتَعِيرِ إذا لم يَضْمَنْ بالركوبِ أو اللبْسِ ـ لأنه استعملَ العينَ بإذْنِ المُسْتَعِيرِ وتمليكِه ـ فلَأَنْ لا يَضْمَنَ المُسْتَعِيرُ إذا رَكِبه بعدَ ذلك أوْ لَبِسه بالطريقِ الأَوْلَى؛ لأنه استعمَله بالمِلْكِ؛ لأنه لو لم يَمْلِكْ لَمَا ملَّكَ غيرَه».

[٤٥٦/٢و] ثم ذكَر في الكتابِ بعدَ ذلك: أن المُسْتَعِيرَ يَمْلِكُ الْإِعَارةَ، ولا يَمْلِكُ الْإِجَارةَ، ولم يَذْكُرْ أنه هل يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ قصدًا، وقد اختلَف المشايخُ ﵏ فيه.

قال بعضُهم: يُودِعُ، وإليه ذهَب الفقيهُ أبو الليثِ، والشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمَّدُ بنُ الفضلِ البُخَارِيُّ، والصدرُ الأجَلُّ بُرهانُ الأئمَّةِ والِدُ الصدرِ الشهيدِ.

وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ ؛ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ ....

قال الصدرُ الشهيدُ في «شرح الجامع الصغير»: «وإليه أشار محمَّدٌ ﵀ في آخرِ كتابِ العَارِيَّةِ، فإنه قال: المُعِيرُ إذا وجَد الدَّابَّةَ المُسْتَعَارةَ في يدِ رَجُلٍ يَزْعُمُ أنها مِلْكُه، فهو خَصْمٌ، وإنْ قال الذي في يديه: قد أَوْدَعنِيها فلانٌ الذي أَعَرْتَها منه؛ فليس بخصْمٍ، فهذا يَدُلُّ علىٰ أن للمُسْتَعِيرِ أنْ يُودِعَ، وعليه الفتوىٰ».

قُلْتُ: هكذا وجدتُ هذه الروايةَ منصوصةً في آخرِ كتابِ العَارِيَّةِ من «الأصل»[1]، وفي «الكافي» للحاكمِ الشهيدِ أيضًا. وقال بعضُهم: لا يُودِعُ قصداً، كما لم يَثْبُتْ له قصداً.

وكان الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ يَقُولُ: «لا يَجُوزُ أنْ يُودِعَ، واستدلَّ بمسألةٍ ذكرَها في «الجامع الصغير»، وهو: أن المُسْتَعِيرَ إذا بعَث العَارِيَّةَ إلىٰ صاحبِها علىٰ يدِ أجنبيٍّ، فهلكتْ في يدِ الرسولِ؛ ضَمِن المُسْتَعِيرُ العَارِيَّةَ، فليس ذلك إلَّا إيداعٌ منه. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ» رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ.

والحاصلُ: أن العَارِيَّةَ المطلقةَ تُعارُ ولا تُؤَاجرُ، وفي إيداعِها اختلافُ المشايخِ ﵏، والوَدِيعَةُ لا تُودَعُ ولا تُعارُ ولا تُؤَاجَرُ، والشيءُ المُسْتَأْجَرُ يُعارُ ويُؤَاجَرُ، وفي إيداعِه اختلافُ [٦/٢٥٤ظ/م] المشايخِ[2]. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (إِذَا كَانَ لا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ)، وذلك مِثْلُ خدمةِ العبدِ، وزراعةِ الأرضِ، وسُكْنَىٰ الدارِ، وحَمْلِ الدَّابَّةِ.

أَمَّا الركوبُ واللُّبْسُ: فيَخْتَلِفُ باختلافِ المستَعْمِلِ.

قولُه: (وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ؛ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ

(١) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [٨/٤٦١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧١].

عَنِ الْمُعِيرِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ.

قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ: وَهَذَا إِذَا صَدَرَتِ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً. وَهُوَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدِهَا: أَنْ تَكُونَ مُطْلَقَةً فِي الوَقْتِ وَالانْتِفَاعِ وَلِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ أَيَّ نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ عَمَلًا بِالإِطْلَاقِ.

وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِما وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ عَمَلًا بِالتَّقْيِيد إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَىٰ مِثْلِ ذَلِكَ أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ وَالْحِنْطَةُ مِثْلُ الْحِنْطَةِ[١].

والثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الوَقْتِ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الانْتِفَاعِ.

غاية البيان

عَنِ الْمُعِيرِ).

جوابُ سُؤَالٍ مُقدَّرٍ بأنْ يُقَالَ: لو كانتِ العَارِيَّةُ تمليكًا؛ لم يَتَفاوَتْ حُكْمُ إعارةِ المُسْتَعِيرِ فيما يَتَفاوَتُ باختلافِ المستعْمِلِ أوَّلًا، فأجاب عنه بهذا.

قولُه: (وَهَذَا إِذَا صَدَرَتِ الْإِعَارَةُ مُطْلَقَةً)، أي: صحَّةَ إعارةِ المُسْتَعِيرِ فيما إذا كانتِ الْإِعَارةُ مُطْلَقةً عن الوقتِ والانتفاعِ.

قولُه: (وَهُوَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ)، أي: صدورُ الْإِعَارَةِ مِن المُعِيرِ.

قولُه: (إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَىٰ مِثْلِ ذَلِكَ أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ)، وقد ذَكَرْنا بيانَ المِثْلِ والخيرِ، وإنما قَيَّدَ بهما؛ لأنه إذا أعار دَابَّةً إنسانًا علىٰ أن يحمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيمَ حِنْطَةٍ، فحمَلَ عليها آجُرًّا أوْ حديدًا أوْ حجَرًا، مما يَكُونُ أثقَلَ لظَهْرِ الدَّابَّةِ، أوْ أعقَرَ حتَّىٰ عَطِبَتِ الدَّابَّةُ ضَمِن؛ لأنه خالَف، وكذلك لو حمَلَ عليها حَطَبًا أوْ خشَبًا أوْ شيئًا مما يشُقُّ علىٰ الدَّابَّةِ[٢]. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ» ﷺ.

---

(١) زاد بعده في (ط): «والشعير خير من الحنطة إِذَا كَانَ كَيْلًا».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٢].

وَالرَّابِعُ: عَكْسُه وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّىٰ مَا سَمَّاهُ، فَلَو اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئًا لَهُ أَنْ يَحْمِلَ وَيُعِيْرَ غَيْرَهُ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لَا يَتَفَاوَتُ. وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكِبَ غَيْرَهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلِفًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَطْلَقَ فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ، حَتَّىٰ لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ رُكُوبُهُ، وَلَو أَرْكَبَ غَيْرَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ

غاية البيان

قولُه: (وَالْحِنْطَةُ مِثْلُ الْحِنْطَةِ)، يعني: لا يُشْتَرطُ أَنْ تَكُونَ الحِنْطَةُ المحمولةُ حِنْطَةَ المُسْتعيرِ[1] أَوْ غيرِه، أو حِنْطَةً عيَّنها المُعِيرُ أو غيرُها، بعدَ أن تَكُونَ بذلك القدرِ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو حملَ عليها مِن الحِنْطَةِ أكثرَ مما سَمَّىٰ له مِن القدرِ فعَطِبَتْ، فإنه يُنْظَرُ: إنْ زاد زيادةً لا تُطِيقُ حَمْلَها مِثْلُ تلك الدَّابَّةِ؛ ضَمِن جميعَ القِيمَةِ؛ لأنه أتلَفها، وإنْ زاد عليها زيادةً تُطِيقُ حمْلَها ضَمِن مِن قيمَتِها بإزاءِ الزيادةِ، نحوُ أنْ يحْمِلَ عليها أحدَ عشر مختومًا فعَطِبَتْ، ضَمِن مِن قيمَتِها جزءًا مِن أحدَ عشرَ جزءًا»[2]. واللهُ أعلَمُ.

قولُه: (لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ).

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وإنْ ركِب بنفسِه، وأركبَ[3] غيرَه فعَطِبَ؛ ضَمِن نصفَ قِيمَةِ الدَّابَّةِ؛ لأنه خالَف في النصفِ، إلا إذا كانتِ الدَّابَّةُ بحالٍ يُعْلَمُ أنها لا تُطِيقُ [٤٥٦/٢ظ] حملَهما جميعًا، فإنه حينَئذٍ يَضْمَنُ جميعَ القِيمَةِ؛ لأنه أتلَفها»[4].

قولُه: (لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ)، أي: الدَّابَّةَ، وتذْكيرُ الضميرِ على تأويلِ الحيوانِ

(١) وقع بالأصل: «حِنْطَةَ الشَّعِير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٢].

(٣) أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقع في بعض النُّسَخ: «وأردف». بدل: «وأركب». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٢].

حَتَّىٰ لَوْ فَعَلَ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِرْكَابُ.

غاية البيان

أو الحمارِ أو البَغْلِ أو البعيرِ.

قولُه: (حَتَّىٰ لَوْ فَعَلَ ضَمِنَهُ)، أي: لو ركِب المُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ بعدَ أنْ أركبَها غيرَه فعَطِبَتْ؛ ضَمِنها، وهذا هو الذي ذهَب إليه فخرُ الإسلامِ، واختيارُنا ما ذهَب إليه شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ، وقد مَرَّ ذلك.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرح الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: [٦ ٢٥٥و/م] «وإنِ استعارَها إلىٰ مكانٍ مُعَيَّنٍ، فجاوَز ذلك المكانَ؛ فهو ضامنٌ؛ لأن الأمرَ قدِ انتهىٰ ببلوغِ ذلك المكانِ، فلَزِمَه الردُّ إلىٰ المالكِ، فإذا جاوَز فقد تركَ الردَّ الواجبَ، فيَكُونُ غاصبًا فيَضْمَنُ، فإنْ عاد إلىٰ ذلك المكانِ لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ؛ لأنه عاد بعدَ انتهاءِ العقدِ، فلا يَبْرَأُ إلا بالردِّ إلىٰ المالكِ».

ثم قال **شيخُ الإسلامِ**: «هذا إذا استعارَها ذاهبًا لا جائيًا، فلوِ استعارَها ذاهبًا وجائيًا فجاوَز ذلك المكانَ ثم عاد إليه، فقد رُوِيَ عن أبي حنيفةَ: أنه يَبْرَأُ عن الضَّمانِ؛ لأن يدَه في هذا المكانِ يدُ المالكِ، فقد ردَّها إلىٰ يدِ المالكِ مَعْنًىٰ[1]، فصار كما لو ردَّها صورةً، كَالمُودَعِ إذا ردَّ الوَدِيعَةَ إلىٰ المكانِ الذي أمَره المالكُ بالحفظِ فيه، أليس أنه يَبْرَأُ عن الضَّمانِ؟ كذلك ههنا».

ثم قال **شيخُ الإسلامِ المذكورُ**: «والصحيحُ أنه لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ، بخلافِ الوَدِيعةِ؛ لأن المُبْرِئَ عنِ الضَّمانِ هو الردُّ إلىٰ المالكِ مِن كلِّ وَجْهٍ، ويدُ المُسْتَعِيرِ يدُ نفسِه مِن وَجْهٍ، بخلافِ المُودَعِ؛ لأن يدَه يدُ المالكِ مِن كلِّ وَجْهٍ فافترَقا، وكذلك لو استعارَها إلىٰ مكانٍ، فركِبها إلىٰ مكانٍ آخرَ مِثْلِه؛ صار ضامنًا؛ لأنه فعَل بغيرِ إذْنِ المالكِ».

(١) وقع بالأصل: «يعني». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ، وَالدَّنَانِيرِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ، وَالْمَعْدُودِ: قَرْضٌ؛ لِأَنَّ الإِعَارَة تَمْلِيْك المَنَافِع، وَلَا يُمْكِنُ الانْتِفَاع بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا فَاقْتَضَىٰ تَمْلِيْك العَيْنِ ضَرُورَةً وَذَلِكَ بِالهِبَة أَوْ القَرْضِ، وَالقَرْضُ أَدْنَاهُمَا

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ، وَالدَّنَانِيرِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ، وَالْمَعْدُودِ: قَرْضٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[١].

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وعَارِيَّةُ الدراهمِ والدنانيرِ والفلوسِ: قرْضٌ، وكذلك كلُّ ما يُكالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ يُعَدُّ عدداً، مِثْلَ: الجَوْزِ والبَيْضِ»[٢]. إلىٰ هنا لَفْظُ «الكافي».

وكذلك الأَقْطَانُ، والصُّوفُ، والإِبْرَيْسَمُ، والْمِسْكُ، والكَافُورُ، وسائرُ مَتَاعِ العِطْرِ، والصَّيادِلَةُ[٣] التي لا تَقَعُ الْإِجَارَةُ علىٰ منافِعِها قرْضٌ كذلك.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»[٤]: وذلك لأن العَارِيَّةَ تمليكُ المنافعِ معَ بقاءِ العينِ علىٰ مِلْكِ صاحبِها، ولا يتَحَقَّقُ الانتفاعُ بهذه الأشياءِ إلا بإتلافِ العينِ، فاقتضىٰ تمليكَ العينِ لا محالةَ، ثم تمليكُ العينِ بلا عِوَضٍ: إمَّا أن يَكُونَ بسبيلِ القَرْضِ، أو الهِبَةِ، والقَرْضُ أدناهما في التمليكِ؛ لأنه يُوجِبُ ردَّ المِثْلِ، بخلافِ الهِبةِ، فيَثْبُتُ القرضُ مراداً لكونِه متيقَّناً.

وهذا لأن حُكْمَ العَارِيَّةِ: وجوبُ ردِّ العينِ بعدَ الفراغِ مِن الانتفاعِ بالعينِ، [وقد تعذَّر ردُّها صورةً بعدَ الفراغِ مِن الانتفاعِ بالعينِ][٥]، فيُصارُ إلىٰ ردِّها مَعْنًىٰ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].
(٣) الصَّيادِلةُ: جَمْع الصَيْدلانِيِّ. وهو العَطَّارُ ونحوُه مِن أصحابِ العقاقيرِ الطبِّيَّة. ينظر: «المعجم الوسيط» [٥٢٥/١].
(٤) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٠٩].
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَيَثْبُتْ ؛ أَو لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ الإِعَارَة [١٠٧/و] الانْتِفَاعَ وَرَدَّ العَينِ فَأُقِيمَ رَدُّ المِثْلِ

وهو تفسيرُ القَرْضِ، وهذا إذا أطلَق العَارِيَّةَ.

فأمَّا إذا بَيَّنَ الجهةَ: كما إذا استعار الدراهمَ، أوِ الدنانيرَ؛ ليُعَايِرَ بها ميزانًا [٦ د ٢٥٥ظ/م]، أوْ يُزَيِّنَ بها دُكَّانًا، أوْ يتجَمَّلُ بها، أوْ لغيرِ ذلك مما [لا][1] يَتْلَفُ به عينُها؛ لا يَكُونُ قرضًا، بل تَكُونُ عَارِيَّةً تُمْلَكُ بها المنفعةُ المسمَّاةُ دونَ غيرِها، ولا يَجُوزُ له الانتفاعُ بها على وَجْهٍ آخرَ غيرِ ما سمَّاه.

ولهذا قال الحاكمُ في «الكافي»: «وإنِ استعار آنيةً يَتَجَمَّلُ بها في منزلِه، أوْ سيفًا مُحَلًّى أوْ مِنْطقةً مُفَضَّضَةً أو خاتمًا؛ لم يَكُنْ شيءٌ مِن هذا قَرْضًا». إلى هنا لَفْظُه رحمه الله، وذلك لأنه أمْكَن العملَ بحقيقةِ الإِعَارةِ، وهو تمليكُ المنفعةِ معَ بقاءِ العينِ على مِلْكِه؛ لأنه يَتَجَمَّلُ بهذه الأشياءِ، والتجَمُّلُ بالمالِ نوعُ انتفاعٍ»[2].

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «ولو قال لآخَرَ: أَعَرْتُكَ هذه القَصْعَةَ مِن الثَّرِيدِ، فأخَذَها وأكَلَها؛ فعليه [٤٥٧/٢و] مِثْلُه، أو قيمَتُه، وهو قرْضٌ، إلا إذا كان بينَهُما مباسطةٌ، يَكُونُ ذلك دليلُ الإباحةِ»[3].

وفي «العيون»: «قال خلَفُ بنُ أيُّوبَ: سألتُ محمَّدًا رحمه الله عن رَجُلٍ استعار مِن رَجُلٍ رقعةً[4] يَرْقَعُ بها قميصَه، أو خشبًا يُدْخِلُه في بنائِه، قال: لا يَكُونُ هذا عَارِيَّةً، وهو ضامنٌ لذلك كلِّه، وهو بمنزلةِ القرضِ، فإنْ قال: أردُّه عليك؛ فهو عَارِيَّةٌ»[5].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].
(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٦٢].
(٤) الرُّقْعَةُ: ما يُرْقَعُ به الخرقُ أو القطع. ينظر: «المعجم الوسيط» [٣٦٥/١].
(٥) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديِّ [ص/٣٤٤].

مَقَامَهُ، قَالُوا: هَذَا إِذَا أَطْلَقَ الإِعَارَة.

أَمَّا إِذَا عَيَّنَ الجِهَةَ بِأَنِ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا أَو يُزَيِّنُ بِهَا دُكَّانًا لَمْ يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا المَنْفَعَةُ المُسَمَّاةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ آنِيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًّى يَتَقَلَّدُهُ.

قَالَ: وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ جَازَ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ

غاية البيان

قولُه: (هَذَا إِذَا أَطْلَقَ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ قَرْضٌ).

قولُه: (لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا)[1]، أي: لِيُسَوِّيَ بها.

وفي بعضِ النُّسَخِ: «لِيُعَيِّرَ بها»[2]. وليس ذلك بصوابٍ. كذا في «الصحاح»[3].

قال في «المغرب»: «عايرْتُ المكايلَ والموازِينَ: إذا قايسْتَها، والعِيَارُ: المِعْيارُ الذي يُقاسُ به غيرُه ويُسَوَّىٰ»[4].

قوله: (قَالَ: وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ جَازَ، وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ

(١) هذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٣/٢٢٠]. وهو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق ١٠٧/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطَمونيّ مِن «الهداية» [٢/ق١٠٤/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة القاسِميّ مِن «الهداية» [ق/٢١٩/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وكذا في نسخة البَايسُوني من «الهداية» [ق/٢٥٧/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الأَرْزَكانيّ مِن «الهداية» [٢/ق١٠٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٢) هذا لفظ الشَّهْرَكَنْديّ في نُسْخته (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتيّ) من «الهداية» [ق/١٢٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وكذا وقع في نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/٩١/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)].

(٣) وعبارته: «يقال: عايِروا بين مَكاييلكم ومَوَازِينكم. ولا تَقُل: عَيِّروا». ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [٢/٧٦٤/ مادة: عير].

(٤) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٩٢].

فِيهَا، وَيُكَلِّفُهُ قَلْعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ.

غاية البيان

فِيهَا، وَيُكَلِّفُهُ قَلْعَ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره». وتمامُه [فيه](١): «فإن لم يَكُنْ وَقَّت العَارِيَّةَ: فلا ضَمانَ عليه، وإنْ كان وَقَّت العَارِيَّةَ: فرجَع قبْلَ الوقتِ؛ ضمنَ المُعِيرُ ما نقَص البناءُ والغَرْسُ بالقلْعِ»(٢). إلىٰ هنا ترتيبُ لفْظِ «المختصر».

أمّا جوازُ الْإِعَارةِ للبناء والغَرْس: فلأنّ ذلك منفعة معلومة، يُمْكِن استيفاؤُها بالإجارة، فجاز استيفاؤُها بِالعَارِيَّة كالسُّكْنَىٰ.

وأمّا جوازُ الرجوعِ: فلأنَّ المنافعَ تُملكُ شيئًا فشيئًا، فجاز الرجوعُ فيما لم يُقْبَضْ، فإذا جاز الرجوعُ؛ لزِم المُسْتَعِيرُ قَلْعَ البناءِ والغَرْسِ؛ لأنه شغَل مِلْكَ الغيرِ بذلك، فيَلْزَمُه إزالتُه، ثم إذا لم تَكُنِ العَارِيَّةُ مؤَقَّتةً؛ لا ضَمانَ علىٰ صاحبِ الأرضِ للمُسْتَعِيرِ.

قال الحاكمُ الشهيدُ: «وقال ابنُ أبي لَيْلَىٰ: البناءُ للمُعِيرِ، ويَضْمَنُ قيمتَه»(٣). كذا ذكَر في «الكافي».

وقال فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «وعلىٰ قولِ مالكٍ: له أنْ يَتْرُكَ البناءَ، والغَرْسَ عليه، ويُضَمِّنُه القِيمَةَ».

وقال [٦/٢٥٦و/م] في «شرح الأقطع»: «وقال الشَّافعيُّ ﷺ: إذا أطلَق العَارِيَّةَ؛ فليس له أنْ يَقْلَعَ إلا بشَرْطِ الضَّمانِ، وكذلك إنْ كانت مؤقَّتةً، فمضَتِ المدَّةُ، وكذلك الْإِجَارةُ إذا انقضَتْ لا يَلْزَمُ المُسْتَأْجرَ القَلْعُ إلا بشَرْطِ الضَّمانِ»(٤).

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٣٣].
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].
(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٢٢].

. . . .

وَجهُ قولِ ابنِ أبي لَيْلَى: أنه فعَلَ ما فعَلَه بإذْنِ المالكِ، فلو سَلَّطْناه على القَلْعِ؛ لأضْرَرْنا به مِن غيرِ سابقةِ تَعَدٍّ، وفيه تغْرِيرٌ بالمسلمين، فلا يَجُوزُ.

وإنَّا نَقُولُ: إن المُسْتَعِيرَ اغترَّ بنفسِه ولم يَغُرَّه المُعِيرُ؛ لأنه بنَى على عَقْدٍ جائزٍ، لا على عَقْدٍ لازمٍ، وظنَّ أن المُعِيرَ يَتْرُكُها في يدِه مدَّةً طويلةً.

أمَّا إذا كان وقَّتَ العَارِيَّةَ، فرجَع قبلَ الوقتِ؛ ضَمِن المُعِيرُ نقصانَ البناءِ والغرسِ بالقَلْعِ. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «مختصره»، وذلك لأنه غرَّه حينَ وقَّتَ له وقتًا، فرجَع قبْلَهُ، ألَا ترَى أن الظاهرَ: أنه يَفِي بما وعَد، فلذلك ضَمِن.

قال الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «وهذا محمولٌ على أنه لا ضرَرَ على الأرضِ في القلعِ، فأمَّا إنْ أضَرَّ بها: فالخيارُ لربِّ الأرضِ؛ لأن مِلْكَهُ هو المتبوعُ، والبناءُ تابعٌ، وفي إزالَتِه ضرَرٌ عليه، فكان له أنْ يَضْمَن قيمتَه، ويَكُونُ له.

وإنما جاز له الرجوعُ في الوقتِ؛ لأن العَارِيَّةَ مقتضاها الرجوعُ، فلا يُغَيِّرُه التوقيتُ، ولكن يُكْرَهُ الرجوعُ؛ لئَلَّا يَلْزَمَ الخُلْفُ في الوعدِ، وذلك مكروهٌ؛ لقولِه ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»(١) ..».

وقال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصر الكافي»: «فإنْ كان وقَّتَ له وقتًا، ثم أخرَجَه قبلَ الوقتِ، قال: يَضْمَنُ ربُّ الأرضِ للمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِه وبنائِه، ويَكُونَانِ له، إلا أنْ يَشاءَ المُسْتَعِيرُ أنْ يَرْفَعَهُما ولا يُضَمِّنُه قيمتَهما، فيَكُونُ له ذلك»(٢) [٢/٤٥٧ظ]. إلى هنا لفْظُ «الكافي». وذلك لأنه غرَّه، حيثُ أطلَق له الانتفاعَ مدَّةً معلومةً، وللمغرورِ أنْ يَدْفَعَ الضررَ عن نفسِه بالرجوعِ على الغارِ.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].

أَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا الجَوَازُ فَلِأَنَّهَا مَعْلُومَةٌ تُمَلَّكُ بِالإِجَارَةِ فَكَذَا بِالإِعَارَةِ. وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ بَقِيَ المُسْتَعِيرُ شَاغِلًا لِأَرْضِ المُعِيرِ فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغُهُ.

ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ العَارِيَةِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيهِ؛ لِأَنَّ المُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرَ مَغْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ العَقْدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنْهُ الوَعْدُ.

غاية البيان

وقال الحاكمُ في «مختصره»: «وإنْ كان أعارَه الأرضَ ليزرَعها، ووقَّتَ لذلك وقتًا أو لم يُوَقِّتْ، فلمَّا تقارَب حصادُه، أراد أنْ يُخرِّجَهُ. قال: أستحْسِنُ ألَّا يأْخُذَه حتىٰ يَحْصُدَ الزرعَ».

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرح الكافي»: «والقياسُ في ذلك مِثْلُ الغَرْسِ والبناءِ؛ لأنه انتهىٰ العقدُ، فكان له حقُّ التفريغِ.

وَجهُ الاستحسانِ: أنَّا لو أمَرْناه بالقَلْعِ؛ لأضْرَرْنا به مِن غيرِ نَفْعٍ يَعُودُ إلىٰ المالكِ، ولو بقَّيْناه لنفَعْناه مِن غيرِ ضررٍ يَعُودُ إلىٰ المالكِ؛ لأنَّا نُبَقِّيه بأُجْرةٍ، والجمعُ بينَ الحَقَّيْنِ أَوْلَىٰ.

بخلافِ النخلِ؛ لأنه ليس لإدراكِه غايةٌ معلومةٌ، فلو بقَّيْناه لعَطَّلْنا عليه منفعةَ أرْضِه، أمَّا هذا: فلإدراكِه غايةٌ معلومةٌ، حتىٰ لو كان الغِرَاسُ للبَيْعِ والنقلِ، لا للاستبقاءِ[1] [٦/٢٥٦ظ/م]؛ كان الحُكْمُ فيه كالحُكْمِ في الزرعِ، بخلافِ الغَاصبِ، حيثُ يُؤْمَرُ بقَلْعِ الزرعِ إذا زرَع الأرضَ؛ لأنه جانٍ في الابتداءِ، وقد مسَّتِ الحاجةُ إلىٰ رَفْعِ العدوانِ، وههُنا بخلافِه». كذا في «شرح الكافي».

قولُه: (أَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ [إلىٰ][2] ما ذكَر مِن الدليلِ المعقولِ والمنقولِ عندَ قولِه: (وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْعَارِيَّةِ مَتَىٰ شَاءَ).

---

(١) في «غ»: «للاستيفاء».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَإِنْ كَانَ وَقْت العَارِيَةِ، وَرَجَعَ قَبْلَ الوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لِمَا قُلْنَا وَلَكِنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فِيْهِ من خَلْفِ الوَعْدِ.

وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ بالقلع؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِه حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرِ هُوَ الوَفَاءُ بِالعَهْدِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ. كَذَا ذَكَرَهُ القَدُورِي رحمه الله فِي: «المُخْتَصر».

وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمه الله أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبَّ الأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ المُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يَضَمِّنْهُ قِيمَتَهُمَا فَيَكُون لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَضَمِنَ الْمُعِيرُ مَا نَقَصَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ)، أي: نقصانُ البناءِ، على أن «ما» مصدريةٌ، ويَجُوزُ أن تكونَ موصولةً بمعنى: «الذي»، فعلى هذا يَكُونُ البناءُ والغَرْسُ منصوبَيْنِ، وعلى الأوَّلِ يَكُونانِ مرفوعيْنِ، والغَرْسُ يُرْوَى بالفتحِ على إرادةِ المغروسِ وبالكسرِ وهو ظاهرٌ.

قولُه: (وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ)، هو أبو الفضلِ محمَّدُ بنُ أحمدَ السُّلَمِيُّ الْمَرْوَزِيُّ صاحبُ التصانيفِ، مِن علمائِنا المتقدِّمين، مُصنِّفُ «الكافي» و«المنتقى» وغيرُ ذلك.

وقد رَوَى في «المنتقى»: عن إبراهيمَ بنِ رسْتُمَ، عن نوحِ بنِ أبي مريمَ المَرْوَزِيِّ قال[1]: سألتُ أبا حنيفةَ: مَن أهلُ الجماعةِ، فقال: مَن فضَّلَ أبا بكرٍ وعُمَرَ وأحبَّ عليًّا وعُثمانَ، ولَمْ يُحَرِّمْ نبيذَ الجَرِّ، ولم يُكَفِّرْ أحدًا بذَنْبٍ، ورأى المسحَ على الخفيْنِ، وآمَن بالقَدَرِ خَيْرِه وشَرِّه مِن اللهِ، ولم يَنْطِقْ في اللهِ بشيءٍ». واسْتُشْهِدَ الحاكمُ في شهرِ ربيعِ الآخرِ سنةَ أربعٍ وثلاثين ومِئَتينِ.

(١) وقع بالأصل: «قالت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالُوا: إِذَا كَانَ فِي القَلْعِ ضَرَرٌ بِالأَرْضِ فَالخِيَارُ إِلَى رَبِّ الأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالأَصْلِ.

وَلَو اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّىٰ يُحْصِدَ الزَّرْعَ وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَة فَيَقْلَعَ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَالِكِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالُوا)، أي: قال المتأخِّرون، يعني: هذا الذي قاله القُدُورِيُّ مِن ضَمَان المُعِير نقصانَ البناء والغَرْس، فيما إذا لم يَلْحَق الأرض ضررٌ بسبب القَلْع، أمَّا إذا أَضَرَّ بها، فقال المتأخِّرون: فالخيار لرَبِّ الأرض: إنْ شاء أَخَذَ الغَرْسَ والبناءَ بِالضَّمَان، وإنْ شاء رَضِيَ بالقَلْعِ؛ لأن مِلْكَه هو المتبوعُ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو كان الأرض بناء، أو غرسٌ، أو كُروم؛ فإنه يُجْبَرُ المُسْتَعِيرُ على قَلْعِه إذا طلَب المعِيرُ ذلك؛ لأنه لا نهايةَ له، فكان في التركِ مَضرَّةٌ للمُعِيرِ إلا أن يَكُونَ في القلعِ مضرَّةٌ بالأرضِ، ويَدْخُلُ فيها نقصانٌ، فإنها تُتْرَكُ بقيمَتِها مقلوعةً غيرَ قائمةٍ إذا طلَب المعِيرُ ذلك»[١].

قولُه: (حَتَّىٰ يُحْصِدَ الزَّرْعَ)، قيل: يَنْبَغِي أن يُرْوَىٰ على بناءِ المفعولِ مِن الثلاثيِّ المجرَّدِ، والأصحُّ أن يُرْوَىٰ: بكسرِ الصادِ من الإحصادِ، يقال: أحصَدَ الزرعُ؛ إذا حان حصَادُه؛ بدليلِ ما رُوِيَ في بعضِ نُسَخِ «الكافي»[٢] و«شرح الطَّحَاوِيِّ»[٣] في هذا الموضعِ: «حتَّىٰ يَسْتَحْصِدَ الزرعُ».

قولُه: (مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ)، أي: حقُّ المُعِيرِ والمُسْتَعِيرِ، وذلك؛ لأنه يَتْرُكُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٢].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].
(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧٢].

قَالَ: وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لَمَّا أَنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ وَالأُجْرَةُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَتَكُونَ عَلَيْهِ.

وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ عَلَى المُؤَجِّرِ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُسْتَأْجِرِ التَّمْكِينَ وَالتَّخْلِيَةِ دُونَ [١٠٧/ظ] الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجِّرِ مَعْنًى فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهِ.

غاية البيان

الأرضَ في يدِ المُسْتَعِيرِ بأجْرِ المِثْلِ؛ لئَلَّا تَفُوتَ منفعةُ الأرضِ مجَّانًا ولا يَتْلَفَ زَرْعُ الآخَرِ أيضًا، فيعْتَدِلَ النظرُ [٢/٤٥٨و] مِن الجانبَيْنِ، كما في الإجَارةِ إذا انقضَتِ المدَّةُ، ولم [٦/٢٥٧و/م] يُدْرِكِ الزرعَ بعْدُ، يُتْرَكُ الزرْعُ بالأجْرِ؛ نظرًا للجانبَيْنِ، كذا هنا.

قوله: (قَالَ: وَأُجْرَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»، وتمامُه [فيه][1]: «وأُجْرةُ ردِّ العين المُسْتَأْجرة على المُؤَاجِر، وأُجْرةُ ردّ العين المَغْصُوبَة على الغَاصِب»[2]. إلى هنا ترتيبُ لفْظِ «**المختصر**»، وذلك لأن الأجْرَ مُؤْنَةُ الرَّدِّ، ورَدُّ العَارِيَّةِ واجبٌ على المُسْتَعِيرِ، فتَكُونُ مَئُونَتُهُ عليه، وهي الأجْرُ. أمَّا الردُّ: فليس بواجبٍ على المُسْتَأْجِرِ؛ لأن الواجبَ عليه التمكينُ والتَّخْلِيَةُ فحسبُ، والردُّ زيادةٌ عليه، فلا تَكُونُ مَئُونَتُه عليه، كما في الوَدِيعةِ لَمَّا لم يَلْزَمِ المُودَعُ إلا التمكينَ والتَّخْلِيَةَ؛ لم يَلْزَمْهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ. فكذا هنا، وذلك لأن منفعةَ العينِ المُسْتَأْجرةِ تحقَّقَتْ للمُؤَاجرِ مِن حيثُ المعنى؛ لأنه سلِم له ما شُرِطَ مِن أُجْرةِ العينِ، فلا تَكُونُ مُؤْنَةُ الردِّ على المُسْتَأْجِرِ.

وأمّا أُجرةُ ردِّ المَغْصُوبِ على الغَاصِبِ؛ لأن الردَّ واجبٌ عليه رفْعًا للعدوانِ، وإزالةً للضررِ عن المالكِ، فإذا كان الردُّ واجبًا عليه؛ كانت أُجرةُ الردِّ عليه؛ لأنها

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ عَلَىٰ الغَاصِبِ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلِيهِ الرَّدُّ وَالإِعَادَةُ إِلَىٰ يَدِ المَالِكِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ فَيَكُون مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَىٰ إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ؛ لَمْ يَضْمَنْ وَهَذَا اسْتِحْسَان، وَفِي القِيَاسِ يضمن؛ لِأَنَّهُ ما ردها إِلَىٰ مالكها بل ضيعها.

﴿ غاية البيان ﴾

مُؤْنَةُ الردِّ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيُّ» للإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ: «وعلَفُ الدَّابَّةِ على المُسْتَعِيرِ، سواءٌ كانت مُطْلَقةً أو مُقيَّدةً، وكذلك مُؤْنَةُ الردِّ على المُسْتَعِيرِ، وفي المَغْصُوبِ مُؤْنَةُ الردِّ على الغَاصِبِ، وفي الوَدِيعَةِ مُؤْنَةُ الردِّ على صاحبِها، وفي المُسْتَأْجرِ مُؤْنَةُ الردِّ على المُؤاجِرِ، وفي الرَّهْنِ مُؤْنَةُ الردِّ على الرَّاهِنِ»(١). إلى هنا لفْظُهُ ﷺ(٢) في كتابِ العَارِيَّةِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَىٰ إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(٣).

قال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصره» المسمَّى بـ«الكافي»: «وإذا ردَّ المُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ فلم يَجِدْ خادمَها ولا صاحبَها، فربطَها في دارِ صاحبِه على مِعْلَفِه فضاعت، قال: هو ضامنٌ لها في القياسِ، ولكن أستَحْسِنُ ألَّا أُضَمِّنَه»(٤). إلى هنا لفْظُ «الكافي».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإنْ ردَّ المُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ إلى منزلِ صاحبِها الذي يَكُونُ فيه، فربَطها على آرِيِّها(٥)، فهلكَتْ بعدَ ذلك؛ فلا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٧١].
(٢) وقع بالأصل: «إلى هنا لفظ القُدُورِيِّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].
(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٥٩].
(٥) الآرِيُّ: هو المِعْلَفُ عند العامَّةِ وهو مرادُ الفقهاءِ. وعند العرب: الآرِيُّ الآخِيَّةُ، وهي عُرْوةُ حبْلٍ=

وَجْه الاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ أَتَى بِالتَّسْلِيمِ الْمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ رَدَّ الْعَوَارِي إِلَىٰ دَارِ الْمُلَّاكِ مُعْتَادٌ كَآلَةِ الْبَيْتِ، وَلَو رَدَّهَا إِلَىٰ الْمَالِكِ فَالْمَالِكُ يَرُدُّهَا إِلَىٰ الْمَرْبَطِ.

غاية البيان

ضَمانَ عليه استحسانًا، والقياسُ أن يَضْمَنَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

وبالقياسِ أخَذَ الشَّافعيُّ[2]. كذا في «**شرح الأقطع**»[3].

وجهُ القياسِ: أنه لم يوجَدِ الردُّ إلىٰ المالكِ.

ووجهُ الاستحسانِ: أنه أتىٰ بالتسليمِ المعتادِ بينَ الناسِ؛ لأن الناسَ يَستَعِيرون الدَّابَّةَ، فيردُّونها إلىٰ إصطبلِ المالكِ، والجِيرانُ يَسْتَعِيرون آلَةَ البيوتِ، ويردُّونَها إلىٰ دارِ صاحبِها، ويُسَلِّمونَها إلىٰ مَن [٦/٢٥٧ظ/م] فيه دونَ صاحبِ الدارِ، فلو ردَّ إلىٰ المالكِ أيضًا؛ كان المالكُ أيضًا يَحْفَظُها بهذا المكانِ، فقد أسقطَ عنه المُسْتَعِيرُ كُلفةً زائدةً، فتُرِكَ القياسُ بالعادةِ، قال النَّبيُّ ﷺ: «**مَا رَآهُ الْمُؤْمِنُونَ حَسَنًا؛ فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ**»[4].

ولهذا قال مشايخُنا: لو كانتِ العارِيَّةُ عِقْدَ جوهرٍ؛ لَمْ يَجُزْ أنْ يَرُدَّها إلَّا إلىٰ المُعِيرِ؛ لأن العادةَ لم تجْرِ بطَرْحِه في الدارِ، ولا دَفْعِه إلىٰ الغلامِ.

فإنْ قيل: ردٌّ واجبٌ، فلا يَبْرَأُ مِن الضَّمانِ إلا بالرَّدِّ إلىٰ المالكِ، كَالوديعَةِ والمَسْرُوقِ والمَغْصُوبِ.

قُلنا: في الأصلِ ما جرَتِ العادةُ إلا بالرَّدِّ إلىٰ المالكِ، بخلافِ الفرعِ، فافترقا.

= تُشَدُّ إليها الدَّابة في مَحْبِسها. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٣٦/١].

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٨٢].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٣١/٧]، و«بحر المذهب» للروياني [٣٩٤/٦].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٢٢].

(٤) مضىٰ تخريجه.

وَإِنِ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَىٰ دَارِ الْمالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ لِمَا بَيَّنَا.

وَلَوْ رَدَّ الْعَيْنَ الْمَغْصُوبَ أَوِ الْوَدِيعَةَ إِلَىٰ دَارِ الْمَالِكِ ، وَلَمْ يُسَلِّمْها إِلَيْهِ ؛ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَىٰ الغَاصِبِ نَسْخُ فِعْلِهِ ، وَذَلِكَ بِالرَّدِّ إِلَىٰ المَالِكِ دُونَ

غاية البيان

قولُه: (وَإِنِ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَىٰ دَارِ الْمَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ؛ لَمْ يَضْمَنْ) ، هذا لفظُ القُدُورِيِّ أيضًا في «مختصره»(١) ، إلا أن لَفْظَهُ في أكثرِ النُّسَخِ: «وإنِ استعار عينًا فردَّها إلىٰ دارِ [٢/٤٥٨ظ] المالكِ»(٢).

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا) ، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لأَنَّ رَدَّ الْعَوَارِيِّ إِلَىٰ دَارِ الْمُلَّاكِ مُعْتَادٌ، كَآلَةِ الْبَيْتِ).

قولُه: (وَلَوْ رَدَّ الْعَيْنَ الْمَغْصُوبَ أَوِ الْوَدِيعَةَ إِلَىٰ دَارِ الْمَالِكِ ، وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَيْهِ ؛ ضَمِنَ) ، وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ(٣) أيضًا ، وذلك ؛ لأن الغَاصبَ يَجبُ عليه إزالةُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

(٢) وهذا هو لفظ المطبوع من «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣]. وهو الثابتُ في عدة نُسَخ خَطِّيَّة مِن «المختصر» ، منها: [ق ١٠٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)] ، ونسخة ثانية: [ق ٧٥/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)] ، ونسخة ثالثة: [ق ٦١/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)] ، ونسخة رابعة: [ق ٧٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].
وعلىٰ هذا اللفظ: شرح العلَّامةُ بهاءُ الدِّين محمد بن أحمد الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [ق ١٢٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. وأبو الرجاء الزَّاهِدِيُّ في: «المُجْتَبىٰ شرْح مختصر القُدورِيِّ» [ق ٢٢١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)] ، وخُوَاهَرْ زَادَه في «شرْح القُدورِيِّ» [ق ١١٦/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)] ، وأبو نَصْر الأَقْطَع في «شرْح القُدورِيِّ» [١/ق ٢٣٧/ب/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)]. وصاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيِّ» [٣٥٢/١] ، وصاحبُ: «اللباب في شرْح الكتاب» [٢٠٤/٢] ، وصاحبُ «خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُورِيِّ» لحسام الدين الرازي [٥٦٥/٢ ـ ٥٦٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٣٣].

غَيْرِهِ، وَالوَدِيْعَةُ لَا يَرْضَىٰ المَالِكُ بِرَدِّهَا إِلَى الدَّارِ وَلَا إِلَىٰ يَدِ مَنْ فِي العِيَالِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ارْتَضَاهُ لَمَا أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ، بِخِلافِ العَوَارِي؛ لِأَنَّ فِيْهَا عُرْفًا، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ العَارِيَةُ عُقْدَ جَوْهَرٍ لَمْ يَرُدَّهَا إِلَّا إِلَى المُعِيرِ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ العُرْفِ فِيْهِ.

قَالَ: وَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ؛ لَمْ يَضْمَنْ وَالمُرَاد

غاية البيان

عدوانِه بنَسْخ فِعْلِه الذي وُجِدَ منه، وذلك لا يَتحقَّقُ إلا بالردِّ إلى المالكِ.

وأمَّا الوَدِيعةُ: فلأنَّ صاحبَها لم يَرْضَ إلا بالردِّ إليه؛ لأنه لو رَضِيَ بالردِّ إلى غيرِه؛ لم يُودِعْها عندَه، فإذا رُدَّتِ الوَدِيعَةُ إلى موضعٍ لم يَرْضَ المالكُ أنْ تَكُونَ الوَدِيعَةُ فيه؛ يَلْزَمُ الضَّمَانُ.

أَصْلُه: إذا رُدَّتْ إلى غيرِه، ولا تُشْبِهُ الوَدِيعَةُ العَارِيَّةَ؛ لأن فيها عُرْفًا تُرِكَ القياسُ به، بخلافِ الوَدِيعَةِ حتى قُلْنا بِالضَّمانِ فيها أيضًا، كما في عِقْدِ الجوهرِ المُسْتَعَارِ لعدمِ العُرْفِ، وقد مَرَّ آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في الرَّجُلِ يَسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مِن الرَّجُلِ ليركبَها، فيردَّها معَ عَبْدِه، أوْ معَ أجيرِه، أو معَ عبدِ ربِّ الدَّابَّةِ، أوْ أجيرِه قال: لا ضَمانَ عليه، فإنْ دفَعها إلى أجنبيٍّ ضَمِن»[1]. إلى هنا لَفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**»، وذلك لأن المُسْتَعِيرَ في حقِّ العينِ مُودَعٌ وأمينٌ، والمُودعُ يَمْلِكُ الدفعَ إلى مَن في عيالِه، فكذا المُسْتَعِيرُ وعبدُه في عيالِه، وكذلك أجيرُه إذا كان مُسَانَهةً[2]، ....

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٣].

(٢) **المسانهة**: الأجل إلى سنة. وقد تقدم التعريف بذلك.

بِالأَجِيرِ أَنْ يَكُونَ مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ، فَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَمَا فِي الوَدِيْعَةِ، بِخِلافِ الأَجِيرِ مُيَاوَمَة؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ.

غاية البيان

أو مُشَاهَرَةً[١]، بخلافِ الأجيرِ مُيَاومةً[٢]؛ لأنه ليس في عيالِه، فكان الردُّ إلىٰ يدِ هؤلاء كالردِّ إلىٰ المالكِ.

ولم يَفْصِلْ محمَّدٌ في الكتابِ بينَ عبْدِه الذي يَقُومُ علىٰ الدَّابَّةِ، والذي لا يَقُومُ عليها، ووضَع المسألةَ في «**الأصل**»[٣] في العبدِ الذي يَقُومُ عليها، وقال: يَبْرَأُ عن الضَّمانِ.

فلأجلِ ذلك قال مشايخُنا: إذا ردَّ إلىٰ عبْدِه الذي لا يَقُومُ [٦/٢٥٨و/م] عليه؛ وجَب ألَّا يَبْرَأَ عن الضَّمانِ؛ لأن محمَّدًا قَيَّدَ ثَمَّةَ بالعبدِ الذي يَقُومُ علىٰ الدَّابَّةِ في حقِّ البَراءةِ عن الضَّمانِ، فدلَّ ذلك أن البَراءةَ لا تَقَعُ إذا كان الردُّ إلىٰ عبْدٍ لا يَقُومُ علىٰ الدَّابَّةِ؛ ليَكُونَ للتخصيصِ فائدةٌ.

وقال فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ: «**والصحيحُ** أنهما سواءٌ؛ لأن الذي لا يَقُومُ علىٰ الدَّابَّةِ، قد يَأْخُذُها في بعضِ الأوقاتِ، وإنْ ردَّ المُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ معَ أجنبيٍّ ضَمِن إذا ضاعت؛ لأنه لا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ كَالمُودَعِ، ودلَّتْ هذه المسألةُ علىٰ أن المُسْتَعِيرَ لا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ قصْدًا، وإليه ذهَب الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ، وقد مَرَّ بيانُه عندَ قولِه: (**وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ**).

ومَن قال: بأنه لا يَمْلِكُ الْإِيدَاعُ ـ وهو اختيارُ سائرِ مشايخِ العراقِ ـ تأوَّل هذه المسألةَ فيقولُ: بأنَّ[٤] العَارِيَّةَ قدِ انتهت، فبَقِيَ مُودَعًا، والمُودَعُ لا يَمْلِكُ

(١) مُشَاهَرَةً: يعني: شهرًا شهرًا. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) مُيَاوَمَةً: يعني: يومًا يومًا. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٤٥٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) وقع بالأصل: «فنقول: إن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَرْضَىٰ بِهِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَو رَدَّهُ إِلَيْهِ فَهُو يَرُدُّهُ إِلَىٰ عَبْدِهِ، وَقِيلَ: هَذَا فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَقِيلَ: فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ دَائِبًا يَدْفَعُ إِلَيْهِ أَحْيَانًا.

غاية البيان

الْإِيدَاعَ بالاتِّفَاقِ.

وقال فخرُ الدِّينِ قاضي خان: والغَاصِبُ إذا ردَّ المَغْصُوبَ علىٰ مَن في عيالِ المَغْصُوبِ منه، أو السَّارقُ إذا ردَّ السَّرِقَةَ علىٰ مَن في عيالِ المَسْرُوقِ منه؛ لا يَبْرَأُ عن الضَّمانِ بالإجماعِ؛ لأن الضَّمانَ واجبٌ، فلا يَسْقُطُ إلا بالردِّ على المالكِ مِن كلِّ وَجْهٍ، ولم يُوجَدْ إلا أنه يَسْقُطُ القطعُ احتيالًا لدَرْئِه.

يُقالُ: سَانَه الأجيرُ: إذا استأجَره سنةً، وشَاهَرَه: إذا استأجَره شهرًا، وياوَمَه: إذا استأجَره يومًا.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا رَدَّهَا مَعَ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ)، أي: لم يَضْمَنْ.

قولُه: (وَقِيلَ: هَذَا فِي الْعَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ)، أي: عدمُ الضَّمانِ بالرَّدِّ إلىٰ عبْدِ ربِّ الدَّابَّةِ، فيما إذا ردَّ إلىٰ عبْدٍ يَقُومُ على الدوابِّ، أمَّا إذا ردَّ علىٰ عبْدٍ لا يَقُومُ عليها [٢/٤٥٩و]؛ فلا يَبْرَأُ عنِ الضَّمانِ.

قولُه: (وَقِيلَ: فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ)، أي: عدمُ الضَّمانِ يَكُونُ في الردِّ إلىٰ عبْدٍ يَقُومُ عليها، والذي لا يَقُومُ عليها جميعًا، وإليه ذهبَ فخرُ الإسلامِ، وذلك لأن العبدَ صالحٌ للحفْظِ كالمِرْبَطِ[1]، فإذا ردَّ إلى المِرْبَطِ لا يَضْمَنُ، فكذا هذا، بخلافِ ما إذا ردَّها إلىٰ أرْضِه؛ لأن الأرضَ ليست بصالحةٍ للحفظِ.

قال ظهيرُ الدِّينِ إسحاقُ الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «ولو كان علىٰ دَابَّةٍ بِعَارِيَّةٍ

(١) المِرْبَطُ: ما تُرْبَطُ به الدَّوابُّ. جمْع: مرابط. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٣٢٣].

وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الإِيدَاعَ قَصْدًا ....

غاية البيان

أو إجارةٍ، فنزَل عنها في السِّكَّةِ، ودخَل المسجدَ ليصليَ، فخلَّى عنها فهلكَتْ؛ فهو ضامنٌ لها؛ لأنه لَمَّا دخل المسجدَ والبيتَ وترَكها خارجَ المسجدِ والبيتِ؛ فقد ترَك الحفظَ لَمَّا غَيَّبها عن عَيْنِه.

ومِن مشايخنا مَن قال: هذا إذا لم يَرْبِطْهَا بشيءٍ، أمَّا إذا ربَطها لا يَضْمَنُ؛ لأنه متعارَفٌ، وإنْ كان في الصحراءِ [٦/٢٥٨ظ/م] فنزَل ليصلِّيَ، وكان يُمْسِكُها فانفلَتَتْ منه؛ فلا ضَمانَ عليه؛ لأنه لَمَّا أمسَكها لم يتْرُكْ حِفْظَها»(١).

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «استعار مِن آخرَ دَابَّةً ليحْمِلَ عليها حِنْطَةً، فبعَثَ المسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ معَ وكيلِه؛ ليحْمِلَ عليها الحِنْطَةَ، فحملَ الوَكِيلُ طعامًا لنفسِه؛ لا يَضْمَنُ. نصَّ عليه في بابِ خصومةِ المتفاوِضَيْنِ مِن كتابِ الشَّرِكَةِ. قال: «وهذا شيءٌ عجيبٌ»(٢).

ثم قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «استعار ثورًا ليَكْرُبَ(٣) أرْضَه، وعيَّنَ الأرضَ، وكرَبَ أرضًا غيرَها، فعَطِبَ الثورُ؛ يَضْمَنُ؛ لأن الأراضيَ تَخْتَلِفُ في الكِرَابِ سهولةً وصعوبةً، بمنزلةِ منِ استعار دَابَّةً لِيَذْهَبَ إلىٰ مكانٍ معلومٍ، فذَهَب إلىٰ مكانٍ آخرَ بتلك المسافةِ؛ كان ضامنًا، وكذا لو أمسك الثورَ في بيتِه، ولم يَكْرُبْ حتىٰ عَطِبَ؛ ضَمِن أيضًا؛ لأنه ليس له ولايةُ الإمساكِ؛ لعدمِ الرِّضا مِن المالكِ، وكذا في الْإِجَارَةِ إذا أمسك ولم يَذْهَبْ».

ثم قال: «المُسْتَعِيرُ إذا وضَع المُسْتَعَارَ بينَ يَدَيْهِ ونام لا يَضْمَنُ؛ لأن هذا

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجِيَّة» [٢٢/٣].
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٢٨٤].
(٣) كرب الأرضَ كِرابًا: قلَبها للحرْث. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/٢١٣].

كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّهُ دُونَ الإِعَارَة، وَأَوَّلُوا هَذِهِ المَسْأَلَة بِإِنْهَاء الإِعَارَةِ لانقِضَاءِ المُدَّةِ.

قَالَ: وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزِّرَاعَةِ يَكْتُبُ: إِنَّكَ أَطْعَمْتَنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَكْتُبُ: إِنَّك أَعَرْتَنِي؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الإِعَارَةِ [١٠٨/و] مَوْضُوعَةٌ لَهُ وَالكِتَابَةُ بِالمَوْضُوعِ لَهُ أَوْلَى كَمَا فِي إِعَارَةِ الدَّارِ.

غاية البيان

حِفْظٌ عادةً، لكن هذا إذا نام جالسًا، أمَّا إذا نام مضطجعًا يَضْمَنُ». وقد كَتَبْنَا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ[١].

قولُه: (كَمَا قَالَهُ بَعْضُ الْمَشَايِخِ)، أراد به: الشيخَ أبا الحسنِ الكَرْخِيَّ.

قولُه: (وَقَالَ بَعْضُهُمْ[٢]: يَمْلِكُهُ)، وإليه ذهَب الفقيهُ أبو الليثِ.

قولُه: (وَأَوَّلُوا)، أي: أوَّل بعضُ المشايخِ الذين قالوا: يَمْلِكُ المسْتَعِيرُ الْإِيدَاعَ قصْدًا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزِّرَاعَةِ يَكْتُبُ: إِنَّكَ أَطْعَمْتَنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَكْتُبُ: إِنَّك أَعَرْتَنِي)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في الرَّجُلِ يُعِيرُ الرَّجُلَ الأرضَ البيضاءَ ليزْرَعَها، قال: يَكْتُبُ: إنك أطعمتَنِي، وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: يَكْتُبُ: إنَّك أعرتَنِي»[٣]. إلى هنا لفْظُ [أصلِ][٤] «**الجامع الصغير**». وهي مِن الخواصِّ.

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/٢٨٤].
(٢) وقع بالأصل: «بعض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٣ ـ ٤٣٤].
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَهُ أَنَّ لَفْظَةَ الإِطْعَامِ أَدَلُّ عَلَى المُرَادِ؛ لِأَنَّهَا تَخُصُّ الزِّرَاعَةَ وَالإِعَارَةَ تَنْتَظِمُهَا وَغَيْرَهَا كَالبِنَاءِ وَنَحْوِهِ، فَكَانَتْ الكِتَابَةُ بِهَا أَوْلَى، بِخِلافِ الدَّارِ؛ لِأَنَّهَا تُعَارُ إلا(١) لِلسُّكْنَى، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

وجهُ قولِهما: أن الموضوعَ لِعَقْدِ العَارِيَّةِ: هو لَفْظُ الْإِعَارةِ، فكان أَوْلَى بالاستعمالِ؛ لأن الحقيقةَ أحقُّ بأَنْ تُرادَ، وبقولِهما: أَخَذَ الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير».

ووجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن عَارِيَّةَ الأرضِ قد تَكُونُ لِلزِّرَاعَةِ، وقد تَكُونُ لغيرِها مِن السُّكْنَى والبناءِ، ولفظةُ الإطعامِ أدلُّ على المرادِ؛ لأن قولَه: أطعمتُك «هذه الأرضَ»: معناه: أَذِنْتُ لك أن تَزْرَعَ فيها لتأكُلَ مِن غلَّاتِها.

فلَمَّا كان كذلك؛ يَكْتُبُ بها لتزولَ الشبهةُ، ويُعْلَمُ أنه أَذِنَ له في الزِّراعةِ خاصَّةً دونَ البناءِ والسُّكْنَى، ولفْظةُ الإطعامِ ـ وإنْ كان مجازًا ـ معلومٌ لكونِه متعارَفًا؛ لأن كُلَّ واحدٍ يَعْلَمُ أن ذاتَ الأرضِ لا تُطْعَمُ، فكانت أَوْلَى بالاستعمالِ لتبَيُّنِ المرادِ بها.

ونخْتِمُ هذا الكتابَ بما قال الفقيهُ أبو الليثِ في آخِرِ كتابِ العَارِيَّةِ [٢٥٩/٦و/م] من «العيون»: «رَوَى [٤٥٩/٢ظ] أبو سليمانَ: أن رَجُلًا مِن قَزْوِينَ كان يَخْتَلِفُ إلى محمدِ بنِ الحسنِ فمات، فباع كُتُبَه محمدُ بنُ الحسنِ ثم قرأ: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. قيل لأبي سليمانَ: كان محمدُ بنُ الحسنِ في ذلك اليومِ قاضيًا؟ قال: لا».

[واللهُ أعلمُ](٢).

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: لا تعار إلا».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

كِتَابُ الهِبَةِ

قَالَ: الهِبَة عَقْدُ مَشْرُوعٌ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «تَهَادُوا تَحَابُّوا» وَعَلَى ذَلِكَ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ.

غاية البيان

كِتَابُ الهِبَةِ

ذُكِر وَجْهُ المناسبةِ في الوَدِيعَةِ.

اعلم: أن الهِبَةَ عقْدٌ مشروعٌ، ثبَتَ مشروعيَّتُه بالكتابِ، والسُّنَّةِ، وإجماعِ الأُمَّةِ، ونوعٍ مِن المعقولِ.

أَمَّا الكتابُ: فقولُه تَعالىٰ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

والصَّدَقَةُ: المهرُ، والنِّحْلَةُ: العطِيَّةُ، و﴿هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾، أي: طيِّبًا سائغًا.

معناه: فإنْ وهبَتِ المرأةُ للزوجِ مهرَها، أو شيئًا منه عن طِيبِ نفْسٍ بلا إكراهٍ، ولا رهبةٍ، ولا افتداءٍ من سُوءِ عِشْرةٍ؛ فلْيَأْكُلِ الزوجُ مأمونَ التبِعَةِ في الآخرةِ.

المرادُ بالأكلِ: هو الانتفاعُ به أكْلًا كان أوْ غيرَه، وخُصَّ الأكْلُ بالذِّكْرِ؛ لأنه هو مُعْظَمُ المقصودِ بالمالِ. كذا في «التيسير»[1].

وَجهُ الاستدلالِ بالآيةِ: أنَّ اللهَ تَعالىٰ أباح الأكلَ بالهِبةِ، فدلَّ أنها عَقْدٌ مشروعٌ.

وأمَّا السُّنَّةُ: فما رُوِيَ عن عَائِشَةَ رضي الله عنها: أَنَّهَا قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**تَهَادُوا تَحَابُّوا، وَهَاجِرُوا تُورِّثُوا أَبْنَاءَكُمْ مَجْدًا، وأَقِيلُوا الْكِرَامَ عَثَرَاتِهِمْ**»[2].

---

(١) هو: «التيسير في التفسير» لنجْم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسَفِيِّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) أخرجه: الطبراني في «المعجم الأوسط» [١٩٠/٧]، عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها به. =

. . . .

ورَوَىٰ التِّرْمِذِيُّ في «جامعه»: مسنداً إلىٰ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ»(١).

ورَوَىٰ البُخَارِيُّ في كتاب الهِبَة من «جامعه الصحيح»: بإسناده إلىٰ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «لَوْ دُعِيتُ إِلَىٰ ذِرَاعٍ أَوْ كُرَاعٍ لأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ أَوْ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ»(٢).

ورَوَىٰ التِّرْمِذِيُّ في «جامعه»: مُسندًا إلىٰ أنسِ بنِ مالكٍ قال: قال رسولُ اللهِ ﷺ: «لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلَيْهِ لأَجَبْتُ»(٣).

ورَوَىٰ البُخَارِيُّ في «الصحيح»: مُسندًا إلىٰ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ»(٤)، وفي روايةٍ: «كَالكَلْبِ يَرْجِعُ

= قال ابنُ حجر: «في إسناده نظر». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [١٩٨٣/٤].

(١) أخرجه: الترمذي في كتاب الولاء والهبة عن رسول الله ﷺ/باب في حث النبي ﷺ علىٰ التهادي [رقم/٢١٣٠]، وابن أبي الدنيا في «مكارم الأخلاق» [ص/١٠٩]، والقضاعي في «الشهاب» [٣٨٠/١]، من طريق مَعْشَرٍ، عَنْ سَعِيدٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.
قال الترمذي: «هذا حديث غريب من هذا الوجه، وأبو معشر اسمه: نجيح مولىٰ بني هاشم، وقد تكلَّم فيه بعضُ أهل العلم مِن قِبَل حِفْظه». وقال ابن القطان: «وأبو معشر ضعيف، ومنهم مَن يوثِّقه، فالحديثُ مِن أجْله حسنٌ». ينظر: «بيان الوهم والإيهام» لابن القطان [٥٠٧/٤].

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب القليل من الهبة [رقم/٢٤٢٩]، وأحمد في «المسند» [٤٧٩/٢]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.

(٣) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في قبول الهدية وإجابة الدعوة [رقم/١٣٣٨]، وأحمد في «المسند» [٢٠٩/٣]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٦٩/٦]، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ به.
قال الترمذي: «حديث أنس حديث حسن صحيح».

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته=

. . . .

فِي قَيْئِهِ»[١].

والأحاديثُ التي تدلُّ على جوازِ الهِبةِ فيها كَثيرةٌ.

وعليه انعقَد إجماعُ الأُمَّةِ من غيرِ نكيرٍ.

وأمَّا المعقولُ: فلأنَّ الهِبةَ إحسانٌ وبِرٌّ بالموهوبِ له، والإحسانُ أمْرٌ مندوبٌ إليه، قال تَعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾ [النحل: ٩٠]، فدلَّ على جوازِ الهِبَةِ.

ثم يَنْبَغِي لك أن تَعْرِفَ تفسيرَ الهِبةِ لغةً وشريعةً، وركْنَها، وشَرْطَ جوازِها، وحُكْمَها.

أمَّا تفسيرُها في اللغةِ: فهي إعطاءُ الشيءِ بغيرِ عِوَضٍ، أيِّ شيءٍ كان [٦/٢٥٩ظ/م]، مالًا [كان][٢] أوْ غيرَ مالٍ، قال تَعالى: ﴿يَخۡلُقُ مَا يَشَآءُۚ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثٗا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ [الشُّورَىٰ: ٤٩]، أطلَقَ اسمَ الهِبَةِ على الولدِ، وإنْ لم يَكُنْ مالًا؛ لأنه أعطانا بغيرِ عِوَضٍ.

وفي العُرفِ يُرادُ بها: «تمليكُ المالِ بغيرِ عِوَضٍ»، وهو المرادُ في الشَّرِيعَةِ.

وأمَّا رُكْنُها: فقدِ اختلَفَ المشايخُ فيه، قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «هو مجرَّدُ إيجابِ الوَاهِبِ، وهو قولُه: وهبْتُ»، ولم يَجْعَلْ قبولَ الموهوبِ له ركنًا؛ لأنَّ العقدَ يَنْعَقِدُ بمجرَّدِ إيجابِ الواهبِ، ولهذا قال علماؤُنا: إذا حَلَفَ لا يَهِبُ،

= [رقم/٢٤٧٨]، ومسلم في كتاب الهبات/ باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل [رقم/١٦٢٢]، عن ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ به.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته [رقم/٢٤٧٩]، عن ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ به.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

فوهبَ ولم يقْبَلْ؛ يَحْنَثُ في يمينِه عندَنا.

وقال صاحبُ «التحفة»: «وركنُها الإيجابُ والقبولُ»(١).

ووجهُهُ: أن الهِبَةَ عَقْدٌ، والعقدُ هو الإيجابُ والقَبُولُ.

وأَمَّا شَرْطُ جوازِها: فالقبضُ، حتَّىٰ لا يَثْبُتَ المِلْكُ لِلمَوْهُوبِ له عندَنا قبْلَ القبضِ خلافًا لابنِ أبي لَيْلَىٰ ومالكٍ(٢)، فإنه ليس بشَرْطٍ عندَهما، وكونُها غيرَ مَشَاعٍ إذا كانت مما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بشَرْطِ الجوازِ أيضًا.

وعندَ الشَّافعيِّ ﵀ [٤٦٠/٢و]: هِبَةُ المَشَاعِ جائزةٌ(٣)، وكذا الخلافُ في التصَدُّقِ بالمشَاعِ، وكونِ المحلِّ المضافِ إليه الهِبَةُ مالًا قابلًا للتمليكِ شرْطُ الجوازِ أيضًا، حتىٰ إذا وهَب المُدَبَّرَ أو أُمَّ الولدِ أو الخمرَ؛ لا يَصِحُّ.

وأَمَّا حُكْمُها: فوقوعُ المِلْكِ [لِلمَوْهُوبِ](٤) له مِلْكًا غيرَ لازمٍ، إلا أن يَحْصُلَ مقصودُ الوَاهِبِ مِن الهِبةِ، كصِلةِ الرَّحمِ، لكن يُكْرَهُ الرجوعُ؛ لأنه مِن الدناءةِ.

وعندَ الشَّافعيِّ ﵀: يَقَعُ المِلْكُ لازمًا إلَّا في هِبةِ الوالدِ لولدِه(٥).

وعندَ مالكٍ: لا رجوعَ في الهِبَةِ إلا للوالدَيْنِ خاصَّةً. كذا في كتابِ

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٦٠/٣].

(٢) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [١٠٠٠/٢]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٩/٨]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [١٠٤/٧].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٣٤/٦]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٢٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «اللباب في الفقه الشافعي» للمحاملي [ص/٢٥٧]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٥٤٥/٧]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣٣٥/٢].

وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ: أَمَّا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ فَلِأَنَّهُ عَقْدٌ، وَالعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالإِيْجَابِ وَالقَبُولِ، وَالقَبْضُ لَا بُدَّ مِنْهُ لِثُبُوتِ المِلْكِ.

«التفريع»[1].

قولُه: (وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

أَمَّا الإيجابُ والقبولُ: فلأنَّ الهِبةَ عَقْدٌ، والعقدُ لا بُدَّ له مِن الإيجابِ والقَبُولِ.

وأَمَّا القبضُ: فهو شرْطُ صحَّةِ المِلْكِ لِلمَوْهُوبِ له حتَّى لا تُمْلَكُ قبلَ القبضِ عندنا، هذا في حقِّ ثبوتِ المِلْكِ لِلمَوْهُوبِ، أَمَّا إذا حلَف وقال: لا يَهِبُ لفلانٍ، فوهَبَ ولم يَقْبَلْ؛ يَحْنَثْ في يمينِه عندَنا.

وعندَ زُفرَ: لا يَحْنَثُ بلا قَبُولٍ وقبْضٍ؛ لأنه تمليكٌ، فلا يُفِيدُ المِلْكُ إلا بالقبولِ كما في البَيْعِ.

ولنا: أن الهِبةَ اسمٌ لإيجابِ مِلْكٍ مِن جانبٍ واحدٍ، وأنه يَتِمُّ بالمالكِ إلَّا أن القَبُولَ شرْطُ ثبوتِ المِلْكِ، لا شرْطَ وجودِ الهِبَةِ، فصار كما إذا حلَف ألَّا يُقِرَّ له بشيءٍ، أو ألَّا يُوصِيَ له بشيءٍ، فأقرَّ أوْ أوصىٰ هو، ولم يقْبَلِ الآخَرُ يَحْنَثْ، فكذا هذا، بخلافِ البَيْعِ، فإنه تمليكٌ مِن الجانِبَيْنِ، فلا يَتِمُّ إلا بهما. كذا في «الحَصْر» و«المختلف»[3].

وعندَ ابنِ أبي ليلىٰ: يَثْبُتُ المِلْكُ قبلَ القبضِ. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»، وهو مذهبُ مالكٍ.

---

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [ص/٢٦٩].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤١٥/٣].

وَقَالَ مَالِكٌ ﷺ: يَثْبُتُ المِلْكُ فِيْهِ قَبْلَ القَبْضِ؛ اعْتِبَارًا بِالبَيْعِ، وَعَلَىٰ هَذَا الخِلَافِ الصَّدَقَةُ.

غاية البيان

قال في كتابِ «التفريع» لأصحابِ مالكٍ [٦/٢٦٠و/م]: «ومَن وهَب شيئًا مِن مالِه؛ لزِمَهُ دَفْعُه إلىٰ المَوْهُوبِ له إذا طالَبه به، وإنْ أبَىٰ ذلك حُكِمَ به عليه إذا أقَرَّ وقامت عليه البَيِّنَةُ، وإنْ أنكَر الهِبةَ حُلِّفَ عليها وبَرِئَ منها، وإنْ نكلَ عن اليمينِ حُلِّفَ المَوْهُوبُ له وأخَذَها منه، فإنْ مات الوَاهِبُ قبلَ دَفْعِها إلىٰ المَوْهُوبِ له، فلا شيءَ له إذا كان قد أمكَنه أخْذُها ففَرَّط فيها، وإنْ مات المَوْهُوبُ له قبلَ قَبْضِها؛ قام ورثتُه مقامَه في مُطالَبةِ الوَاهبِ بهبتِه»(١). إلىٰ هنا لفْظُ «التفريع».

وقال الخِرَقِيُّ ـ مِن أصحابِ أحمدَ بنِ محمَّدِ بنِ حَنْبَلٍ ـ: «ولا تَصِحُّ الهِبَةُ والصَّدَقَةُ فيما يُكالُ ويُوزَنُ إلا بقَبْضِه، وتَصِحُّ في غيرِ ذلك بغيرِ قَبْضٍ إذا قُبِلَ، [كما](٢) يَصِحُّ في البَيْعِ»(٣).

وجهُ قولِ مَن قال: إن القبضَ ليس بشَرْطٍ أن الهِبةَ تمليكٌ، فلا يُشْتَرطُ فيه القبضُ كسائرِ التمليكاتِ، وقد رُوِيَ عن عَلِيٍّ وعبدِ اللهِ أنَّهما قالا: «إذَا أُعْلِمَتِ الصَّدَقَةُ جَازَتْ»(٤)، وعن شُرَيْحٍ: «أَنَّهُ قَضَىٰ بِصَدَقَةٍ لَمْ تُقْبَضْ»(٥).

فدلَّ أن القبضَ فيها ليس بشَرْطٍ، فكذا في الهِبةِ؛ لأنَّهما سواءٌ؛ إذْ كُلُّ واحدٍ

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٣٦٨/٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الخرقي».

(٣) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/٨٢].

(٤) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠١٣٤]، ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٦٠/٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. من طريقين عن عَلِيٍّ وعبد الله بن مسعود ﷺ به.

(٥) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٦١/٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن شريح ﷺ به.

. . . .

منهما عقدُ تمليكٍ بلا عِوَضٍ. كذا ذَكَر حديثَ عَلِيٍّ وعبدِ اللهِ وشُرَيْحٍ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

ولنا: ما رَوَىٰ مسلمٌ في «**صحيحه**»: بإسنادِهِ إلىٰ مُطَرِّفٍ، عَنْ أَبِيهِ قَالَ: انْتَهَيْتُ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَهُوَ يَقُولُ: ﴿أَلْهَىٰكُمُ ٱلتَّكَاثُرُ﴾ [التكاثر: ١]، «**يَقُولُ ابْنُ آدَمَ: مَالِي مَالِي، وَهَلْ لَكَ مِنْ مَالِكَ إِلَّا مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ، أَوْ لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ، أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ**»[1]، فاشترطَ الإمضاءَ، وهو القبضُ، فكان حُجَّةً علىٰ مالكٍ.

وحدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار» وقال: حَدَّثَنَا يُونُسُ، أَخْبَرَنَا ابْنُ وَهْبٍ: أَنَّ مَالِكًا حَدَّثَهُ عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّها قَالَتْ: «إِنَّ أَبا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ [٢/٤٦٠ظ] ﷺ نَحَلَهَا جَادَّ[2] عِشْرِينَ وَسْقًا مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ[3]، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ: وَاللهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ أَحَبُّ إِلَيَّ غِنًىٰ بَعْدِي مِنْكِ، وَلَا أَعَزَّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكِ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكِ جَادَّ[4] عِشْرِينَ وَسْقًا، فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِهِ وَاحْتَزْتِهِ[5]؛ كَانَ لَكِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ، فَاقْتسمُوهُ عَلَىٰ كِتَابِ اللهِ تَعَالَىٰ، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: وَاللهِ يَا أَبَتِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا؛ لَتَرَكْتُهُ، وإِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ، فَمَنِ الْأُخْرَىٰ؟ قَالَ: ذُو بَطْنِ ابْنَةَ

---

(١) أخرجه: مسلم في كتاب الزهد والرقائق [رقم/٢٩٥٨]، والترمذي في كتاب الزهد عن رسول الله ﷺ/باب منه [رقم/٢٣٤٢]، والنسائي في كتاب الوصايا/ الكراهية في تأخير الوصية [رقم/٣٦١٣]، عن مُطَرِّفٍ، عَنْ أَبِيهِ ﷺ به.

(٢) عند الطحاوي: «جِدَادَ».

(٣) عند الطحاوي: «بِالْغَابَةِ».

(٤) عند الطحاوي: «جِدَادَ».

(٥) عند الطحاوي: «جَدَدْتِيهِ وَأَحْرَزْتِيهِ».

. . . .

خَارِجَةَ، أَرَاهَا جَارِيَةً[(١)]»[(٢)].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: «فكان الأمرُ كما تفرَّسَ ـ يعني: تحقَّقَ فِرَاسةُ أبي بكرٍ حتَّى ولدَتْ زوْجتُه ـ التي هي ابنةُ خارِجةَ ـ جاريةً».

وقد أفاد الحديثُ: أن القبضَ شرْطٌ لتمامِ الهِبةِ، وأفاد أيضًا: أن مرضَ الموتِ أوَانُ تعلُّقِ حقِّ الورَثةِ [٦/٢٦٠ظ/م] بمالِ المريضِ؛ لأنه سمَّاه مالَ الوارِث، وأفاد أيضًا: أن الغِنى أفضلُ مِن الفقرِ، وفيه اختلافٌ بينَ العلماءِ.

قال شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**»: «قال بعضُهم: الغَنِيُّ الشاكرُ أفضلُ مِن الفقيرِ الصابرِ، وإلى هذا كان يَمِيلُ الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمَّدُ بنُ الفضلِ.

وقال بعضُهم: بأن الفقيرَ الصابرَ أفضلُ مِنَ الغَنِيِّ الشاكرِ، وإلى هذا كان يمِيلُ القاضي الإمامُ أبو جعفرٍ[(٣)]».

احتجَّ مَن فضَّل الغَنِيَّ بحديثِ أبي بكرٍ؛ فإنه اختار لعَائشةَ: الغِنى على الفقرِ،

---

(١) ولدُ أبي بكر لصُلْبه: عبدُ الله وأسماء، وهما مِن زَوْجته قُتَيْلَة مِن بني عامر بن لُؤَيٍّ. وعبدُالرحمن وعائشةُ: وهما مِن زوجته أُمِّ رُومان بنت الحارث بن الحُوَيْرث. ومحمدُ وأُمُّ كلثوم أمهما أسماء بنت عميس ابنة زيد بن خارجة. كذا قال القتيبي. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س». وينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/١٧٢ ـ ١٧٣].

(٢) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٧٥٢]، ومن طريقه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٨٨]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/١٦٩]، مِن هذا الطريق عَنْ عَائِشَةَ ﵂ به.
قال ابنُ كثير: «هذا إسنادٌ صحيحٌ». ينظر: «إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/١٠٤].

(٣) القاضي أبو جعفر: أي الأُسْتُرُوشَنِيّ. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

. . . .

والوالدُ إنما يَخْتَارُ لولدِه ما هو أفضلُ في الدِّينِ، ولأنَّ مكارمَ الأخلاقِ تُوجَدُ مِن الغَنِيِّ لا مِن الفقيرِ.

وبحديثِ سعدٍ: حيثُ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«لأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ؛ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»**(١)، ولهذا قَالَ ﷺ: **«الْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى»**(٢)، واليدُ العليا: يدُ الغَنِيِّ.

واحتجَّ مَن فضَّلَ الفقرَ: بما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: **«اللهُمَّ أَحْيِنِي مِسْكِينًا، وَأَمِتْنِي مِسْكِينًا، وَاحْشُرْنِي فِي زُمْرَةِ الْمَسَاكِينِ»**(٣)، فقد اختار رسولُ اللهِ ﷺ الفقرَ، وقد عُرِضَتْ عليه الدنيا بِحَذَافِيرِهَا؛ فلَمْ يَقْبَلْ.

وحديثُ أبي بكرٍ ليس فيه دلالةٌ على تفضيلِ الغِنى؛ لأنه أحبَّ الغِنى لغيرِه لا لنفسِه، والمستحبُّ للإنسانِ أن يُحِبَّ لغيرِه ما فيه السعةُ والرفاهيةُ، وفي حقِّ نفسِه يَخْتَارُ ما هو أَشَقُّ، أَلَا تَرى أن أبا بكرٍ اختار الفقرَ في حقِّ نفسِه حتى بذَلَ جميعَ مالِه، حتى قَالَ [لَهُ](٤) رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«مَاذَا خَلَّفْتَ لِأَهْلِكَ؟»** فَقَالَ:

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الوصايا/ باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس [رقم/٢٥٩١]، ومسلم في كتاب الوصية/ باب الوصية بالثلث [رقم/١٦٢٨]، عَنْ عَامِرِ بْنِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ عَنْ أَبِيهِ ﷺ به.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى [رقم/١٣٦١]، ومسلم في كتاب الزكاة/ باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى وأن اليد العليا هي المنفقة وأن السفلى هي الآخذة [رقم/١٠٣٥]، عَنْ حَكِيمِ بن حِزَامٍ ﷺ به.

(٣) أخرجه: الترمذي في كتاب الزهد عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم [رقم/٢٣٥٢]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٢/٧]، وفي «شعب الإيمان» [١٦٧/٢]، عَنْ أَنَسٍ ﷺ به.

قال الترمذي: «هذا حديث غريب». وقال ابنُ الملقن: «حديث ضعيف». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٣٦٧/٧].

(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

....

غاية البيان

«اللهَ وَرَسُولَهُ»[١].

وفي حديثِ أبي بكرٍ دليلٌ على أنه لا بأسَ بتفضيلِ بعضِ الأولادِ على بعضٍ في المحبَّةِ، وهذا بلا خلافٍ؛ لأنَّ المحبَّةَ مِن عمَلِ القلبِ، والقلوبُ بِيَدِ اللهِ تَعالى، أَلَا تَرى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يَعْدِلُ بينَ نسائِه، وكان يَقُولُ: «**اللهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، ولَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ**»[٢].

وفيه دليلٌ أيضًا: على أنه لا بأسَ بتفضيلِ بعضِ الأولادِ على البعضِ بِالْهِبَةِ حالةَ الصحَّةِ، فإن أبا بكرٍ رضي الله عنه فضَّلَ عَائِشَةَ رضي الله عنها على غيرِها من أولادِه بِالْهِبَةِ حالةَ الصحَّةِ.

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه: «وهذا فصلٌ لا روايةَ فيه عن أصحابِنا في «المبسوط»، وقد رُوِيَ عن أبي حنيفةَ ـ في غيرِ روايةِ الأصولِ ـ أنه لا بأسَ بالتفضيلِ إذا كان التفضيلُ بسببِ زيادةِ فضْلٍ له في الدِّينِ، وإنْ كانوا سواءً، فإنه يُكْرَهُ التفضيلُ».

ورَوَى المُعَلَّى الرَّازِيُّ: عن أبي يوسفَ أنه قال: لا بأسَ أنْ يُؤْثِرَ الرَّجُلُ بعضَ ولدِه على [٢/٤٦١و] البعضِ في الصحَّةِ، إذا لم يُرِدْ به الإضرارَ، ويَنْبَغِي [له][٣] أنْ

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الزكاة/ باب الرخصة في ذلك [رقم/١٦٧٨]، والترمذي في كتاب الدعوات عن رسول الله ﷺ/باب في مناقب أبي بكر وعمر عنهما كليهما [رقم/٣٦٧٥]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [١/٥٧٤]، وعنه البيهقي في «السنن الكبرى» [٤/١٨٠]، من حديث عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه به.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

يُسَوِّيَ إذا كان يُرِيدُ الإضرارَ، فإنْ كان أولادِه ذكورًا وإناثًا سوَّىٰ بينَهم في العطيَّةِ، يُعْطِي الابنةَ مثلَ ما يُعْطِي الابنَ». قال: «وقال محمَّدٌ: يُعْطِي الذَّكَرَ ضِعْفَ ما[1] يُعْطِي الأُنثىٰ».

والدليلُ [٦/٢٦١و/م] **المعقولُ علىٰ أن القبْضَ شرْطٌ في الهِبةِ: أن الهِبةَ تبَرُّعٌ**، فلا يُمْلَكُ بمجرَّدِ القولِ حتَّىٰ يَنْضَمَّ إليه غيرُه كالوَصِيَّةِ.

وحديثُ مالكٍ محمولٌ علىٰ الصدقةِ الموقوفةِ لا المنَفَّذةِ، وأبو يوسفَ يُجَوِّزها مِن غيرِ قبْضٍ.

وإنما حَمَلْنا علىٰ ذلك: بدليلِ ما رُوِيَ في «**مبسوط خُوَاهَرْ زَادَه**»: عن ابنِ عَبَّاسٍ ﵄ أنه قال: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ إلَّا مَقْبُوضَةً مَقْسُومةً»[2]، وعن مُعَاذٍ أنه قال: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ إلَّا مَقْبُوضَةً»[3].

قال أبو سليمانَ الخَطَّابيُّ في «**غريب الحديث**» في قولِه: «جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا»[4]: «أي: نخْلًا يُجَدُّ منه ما يَبْلُغُ عشرين وسْقًا. والجَادُّ ههنا بمعنىٰ المَجْدُودِ، فاعلٌ بمعنىٰ مفعولٍ، يُقالُ: جَدَدْتُ النخلَ أَجُدُّهُ جَدًّا وجَدَادًا[5] إذا صرمتَهُ»[6].

---

(١) وقع بالأصل: «مثل ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٠١٣٧]، ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٤٠٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﵄ قَالَ: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ حَتَّىٰ تُقْبَضَ».

(٣) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٥٩٥]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٠١٣٠]، ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٦٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. من طريق جابر الجعفي عن القاسم بن عبد الرَّحمن بن عبد الله بن مسعود قال: «كَانَ مُعَاذٌ، وَشُرَيْحٌ يَقُولَانِ: «لَا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ حَتَّىٰ تُقْبَضَ».

(٤) مضىٰ تخريجه.

(٥) وقع بالأصل: «وجِذاذًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٦) ينظر: «غريب الحديث» للخَطَّابيِّ [٢/٤٣].

وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «لَا تَجُوزُ الهِبَة إِلَّا مَقْبُوضَةً» وَالمُرَاد نَفْيُ المِلْكِ، لِأَنَّ الجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ، ....

غاية البيان

قولُه: (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً»[1])، في صحَّةِ هذا الحديثِ عنِ النَّبيِّ ﷺ نظَرٌ، والأَوْلَى أن يُتَمَسَّكَ في كونِ القبضِ شرطًا بحديثِ أبي بكرٍ الذي رَوَيْنَاهُ قبلَ هذا، وأنه قال ما قال بحَضْرةِ الصحابةِ، ولم يُنْكِرْ عليه أحدٌ، فحلَّ محلَّ الإجماعِ.

ولهذا قال صاحبُ «التحفة»: «رُوِيَ عن جماعةٍ من الصحابةِ أنهم قالوا: لا تَجُوزُ الهِبَةُ إلا مَقْبُوضَةً مَحُوزَةً»[2].

والحديثُ الذي رَوَيْنَاهُ مِن «صحيح مسلم»[3]: يَدُلُّ على اشتراطِ القبضِ أيضًا؛ لأنه اشترطَ فيه القبضَ للصَّدَقَةِ، فكان شرطًا لِلْهِبَةِ أيضًا؛ لأَنَّهُما سواءٌ؛ إذْ كلُّ واحدٍ منهما تمليكٌ بلا عِوَضٍ.

وقال في «المبسوط» ـ في بابِ الهِبةِ فيما يَجُوزُ وفيما لا يَجُوزُ ـ: «رُوِيَ عن أبي بكرٍ وعُمَرَ وعُثْمَانَ وعلِيٍّ أنهم قالوا: لا تَجُوزُ الهِبَةُ إلا مَقْبُوضَةً مَحُوزَةً»[4].

---

(١) قال ابن أبي العز: «هذا حديث منكر، لا أصل له». وقال الزيلعي: «غريب». وقال ابن التركماني وعبد القادر القرشي: «لم نره». ينظر: «التنبيه على أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق١٢٧/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/٥٨٧]. و«العناية في تخريج أحاديث الهداية» لعبد القادر القرشي [ق١٥٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٨٨)]، و«نصب الراية» للزيلعي [٤/١٦٢].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/١٦١].

(٣) مضى تخريجه.

(٤) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٦٠ ـ ٣٦١/ طبعة: وزارة=

بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَن أَوَانَ ثُبُوتِ المِلْكِ فِيْهَا بَعْدَ المَوْتِ وَلَا إِلْزَامَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ اللُّزُومِ، وَحَقُّ الوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا.

فَإِنْ قَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ؛ جَازَ؛ اسْتِحْسَانًا

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ)، يتعلَّقُ بقولِه: (وَفِي إِثْبَاتِ الْمِلْكِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِلْزَامُ الْمُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ)، يعني: أن القبضَ شرطٌ في الهبةِ، فلو لم يُشترطْ وثبتَ المِلْكُ فيها لِلمَوْهُوبِ له قبلَ القبضِ؛ لَزِم الإلزامُ على المتبرِّعِ، وهو تسليمُ الهبةِ وإزالةُ يدِه عنها، وذلك لا يَصحُّ؛ لأنه لا يَلِيقُ بالمتبرِّعِ، بخلافِ ثبوتِ المِلْكِ للمُوصَى له في الوَصِيَّةِ قبلَ القبضِ؛ لأنه لا يَلْزَمُ الإلزامُ على المتبرِّعِ مِن القولِ بثبوتِ المِلْكِ قبلَ القبضِ في الوصيَّةِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعدَ المِلْكِ.

ولهذا يُشْترطُ القبولُ بعدَ موتِ المُوصِي، فكان أوانُ ثبوتِ المِلْكِ في الوَصِيَّةِ بعدَ الموتِ، فحينئذٍ لا يَبْقَى الإلزامُ على المُوصِي؛ لزوالِ أهليَّةِ اللزومِ بالموتِ، فلَمْ يَكُنْ ذلك إلزامًا، وإيجابَ ضَمانٍ على المتبرِّعِ، وكذا لا إلزامَ على الوارثِ أيضًا؛ لأن الوَصِيَّةَ مقدَّمةٌ على الإرثِ، فامتنَع حقُّ الوارثِ، فلَمْ يَمْلِكْ ما نفذَتِ الوَصِيَّةُ فيه، فافهم.

قولُه: (فَإِنْ قَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ؛ جَازَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه [٦/٢٦١ظ/م] فيه: «وإنْ قبضَ بعدَ الافتراقِ؛ لَمْ يَجُزْ إلا أن يَأْذَنَ له الوَاهِبُ»[1]، وهذا الذي ذكَره استحسانٌ.

والقياسُ: ألَّا يَصِحَّ قبْضُه في المجلسِ بغيرِ إذْنِ الوَاهِبِ[2]، وبه قال

= الأوقاف القطرية]. عن أبي بكر وعُمَر وعُثْمَان وعلِيٍّ ﷺ به نحوه.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٢٤].

(٢) ينظر: «الجوهرة النيرة» [١/٤١٨]، «الفتاوى الهندية» (٤/٤٢٠، ٤٢١)، «حاشية قرة عيون الأخيار» [٨/٤٦٠].

وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الافْتِرَاقِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الوَاهِبُ فِي القَبْضِ، وَالقِيَاسِ أَلَّا يَجُوزَ فِي الوجْهَينِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ تَصَرُّفٍ فِي مِلْكِ الوَاهِبِ، إِذْ مَلَكَهُ قَبْلَ القَبْضِ بَاقٍ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ إِذْنِهِ.

غاية البيان

الشَّافعيُّ رحمه الله[١]. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه».

وجهُ القياسِ: أنه تصرَّف في مِلْكِ الغيرِ بدونِ إذْنِه، فلا يَصِحُّ، وذلك لأنَّ ملكَ الوَاهِبِ فيه قبلَ قبضِ المَوْهُوبِ له باقٍ، بدليلِ صحَّةِ تَصَرُّفِه من البَيْعِ والإعتاقِ.

ووجهُ الاستحسانِ: أن الهِبةَ تمليكٌ من جهةِ الوَاهِبِ، ولا يَتِمُّ ذلك إلا بقَبْضِ المَوْهُوبِ له؛ لأن القبضَ شرطٌ لِمَا بَيَّنَّا [٢/٤٦١ظ]، فكان الإقدامُ منه على الهِبةِ تسليطًا على القبضِ اقتضاءً، فجاز القبضُ في المجلسِ وإن لم يُوجَدِ الإذنُ صريحًا.

بيانُه[٢]: ما قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «إنه لا بُدَّ لبقاءِ الإيجابِ على الصحَّةِ مِن القبضِ؛ لأن القبضَ متى فات بالهلاكِ قبلَ التسليمِ؛ لا يَبْقَى الإيجابُ صحيحًا، وإذا كان مِن ضرورةِ بقاءِ الإيجابِ مِن الوَاهِبِ على الصحَّةِ وجودُ القبضِ لا محالةَ؛ كان الإقدامُ على الإيجابِ إذنًا لِلمَوْهُوبِ له بالقبضِ اقتضاءً، كما في بابِ البَيْعِ جعَلْنا إقدامَ البَائعِ على الإيجابِ إذنًا للمُشْتَرِي بالقَبُولِ مقتضَى بقاءِ الإيجابِ على الصحَّةِ، إلا أن ما ثبتَ اقتضاءً يَثْبُتُ ضرورةً، والثابتُ بالضرورةِ يَتَقَدَّرُ بقَدْرِ الضرورةِ، والضرورةُ تَرْتَفِعُ بثبوتِ الإذْنِ في المجلِسِ؛ لأنَّ الإيجابَ يَبْقَى صحيحًا متى قُبِضَ في المجلِسِ، فلا يُعْتَبرُ ثابتًا فيما وراءَ المجلسِ.

بخلافِ ما لو ثبتَ نصًّا؛ لأن الثابتَ نصًّا ثابتٌ مِن كلِّ وَجْهٍ، فيَثْبُتُ في

(١) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٥/٣٧٥ ـ ٣٧٦]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٥/٥٥٢].

(٢) وقع بالأصل: «بيان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

. . . .

المجلسِ وبعدَ المجلسِ، والجوابُ في البَيْعِ الفاسدِ علىٰ هذا التفصيلِ الذي ذكَرْنا في الهِبةِ.

وقال **شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»**: «وإنْ كان العبدُ المَوْهُوبُ حاضرًا، فقال له الوَاهِبُ: قد خلَّيْتُ بينَك وبينَ الهِبةِ، فاقْبِضْها، وانصرَف الوَاهِبُ، فقبَضه المَوْهُوبُ له جاز؛ لأن التَّخْلِيَةَ إقباضٌ منه، فإذا قبضَ بإذْنِه تَمَّ العقدُ».

قال[(١)]: «فرْقٌ بينَ هذا وبينَ البَيْعِ: فإنه إذا خلَّىٰ بيْنَه وبينَ المَبِيعِ أُنْزِل قابضًا وإنْ لم يُباشِرِ القبضَ، بخلافِ الهِبَةِ.

والفرقُ بينَهما: أن القبضَ واجبٌ عليه في بابِ البَيْعِ، وأنه مُحْتَاجٌ إلىٰ إخراجِ نفْسِه عن العُهدةِ إذا أتَىٰ بما في وُسْعِه، وليس في وُسْعِه إلا التَّخْلِيَةَ، بخلافِ الهِبَةِ؛ فإن التسليمَ ليس بواجبٍ عليه في الهِبةِ، فإذا لم يُسَلِّمْ إليه ويُقْبِضْه؛ لا يُعَدُّ مُسَلِّمًا، وإنْ كان غائبًا فأَذِن له في القبضِ؛ جاز له أنْ يَرْجِعَ ما لم يَقْبِضْ؛ لأن الهِبَةَ لا تَلْزَمُ قبلَ اتِّصالِ القبضِ بها، فصحَّ رجوعُه» [٦/٢٦٢و/م]. كذا في **«شرح الكافي»**.

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «فإنْ أذْنَ له في القبضِ، فقبضَ الهِبةَ بحَضْرةِ الوَاهِبِ، أوْ بغيرِ حَضْرتِه جاز القبضُ، وإنْ وهبَ له دَيْنًا علىٰ رَجُلٍ، وأذِنَ له أن يقْبضَه مِن الذي هو عليه؛ جاز إذا قبضَ ذلك استحسانًا أيضًا.

وإنْ لم يَأْذَنْ له في قَبْضِ الدَّينِ؛ لم تَجُزِ الهِبَةُ وإنْ قبضَه المَوْهُوبُ له، وإنْ كان ذلك أيضًا بحَضْرةِ الوَاهِبِ؛ لأنَّ المالَ الذي يُقبضُ عن الدَّيْنِ مِلْكُ مَن عليه الدَّيْنُ حتَّىٰ يَقْبِضَه صاحبُ الدَّيْنِ، أوْ يجْعلَ قبْضَه إلىٰ غيرِه، فيقْبضَه الغيرُ»[(٢)].

---

(١) أي: الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٥].

وَلَنَا: أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ القَبُولِ فِي الهِبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ المِلْكِ، وَالْمَقْصِدُ مِنْهُ إِثْبَاتُ المِلْكِ فَيَكُونُ الإِيجَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى القَبْضِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَبَضَ بَعْدَ الافْتِرَاقِ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا أَثْبَتْنَا التَّسْلِيطَ فِيهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالقَبُولِ، والقبول يتقيد بالمجلس، فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنْ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الدِّلَالَةَ لَا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

غاية البيان

إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره».

قولُه: (وَلَنَا: أَنَّ الْقَبْضَ)، وكان يَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ: وَجْهُ الاستحسانِ؛ لأنه ذكَرَ القياسَ والاستحسانَ، ولم يَذْكُرْ قولَ الخصمِ في المتنِ، فلَمْ يَكُنْ قولُه: (وَلَنَا) مناسبًا.

قولُه: (وَالْمَقْصِدُ مِنْهُ)، أي: مِن الهِبةِ، وذكَّرَ الضميرَ الراجعَ إلىٰ المؤنَّثِ بتأويلِ العقدِ.

قولُه: (إِلْحَاقًا لَهُ)، أي: للقبضِ.

قولُه: (فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ)، أي: بالقبولِ، والمرادُ بما يُلْحَقُ به: هو القبضُ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنْ الْقَبْضِ فِي الْمَجْلِسِ)، وكان يَنْبَغِي أنْ يذْكُرَ قولَه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ)، بواوِ العطفِ عطفًا على قولِه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَ بَعْدَ الافْتِرَاقِ)؛ لأن حُكْمَهُما واحدٌ.

يَعْنِي: كما لا يَجُوزُ قَبْضُ المَوْهُوبِ له بعدَ الافتراقِ؛ لا يَجُوزُ قَبْضُه أصلًا إذا وُجِدَ النهيُ مِن الوَاهِبِ، وذلك لأنه إنما كان له أنْ يَقْبِضَ قبلَ الافتراقِ وقبلَ النهيِ[1]، بدلالةِ التسليطِ على القبضِ، فإذا جاء النهيُ صريحًا تُرِكَتِ الدَّلالةُ؛ لأن الصريحَ [٢/٤٦٢و] يَفُوقُ الدَّلالةَ.

(١) وقع بالأصل: «وقبل النهي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

قَالَ: وَتَنْعَقِدُ الهِبَة بِقَوْلِهِ: وَهَبْتُ، وَنَحَلْتُ، وَأَعْطَيْتُ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ صَرِيْحٌ فِيْهِ، وَالثَّانِي مُسْتَعْمَل فِيهِ. قَالَ ﷺ: «أَكُلُّ أَوْلَادَكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟» وَكَذَا الثَّالِثُ، [١٠٨/ظ] يُقَالُ: أَعْطَاكَ اللهُ وَوَهَبَكَ اللهُ بِمَعْنَىٰ وَاحِدٍ وَكَذَا تَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ: **أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَجَعَلْتُ هَذَا الثَّوبَ لَكَ وَأَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيءَ وَحَمَلْتُكَ عَلَىٰ هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَىٰ بِالحِمْلَانِ الهِبَة.**

غاية البيان

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «فأَمَّا إذا نهاه عن القبضِ بعدَ الهِبةِ، بأَنْ قال له: لا تَقْبِضْ فقَبَض؛ فإنه لا يَصِحُّ قبْضُه، قبَضَ في المجلسِ أو بعدَ المجلسِ.

أمَّا بعدَ المجلسِ: فلا إشكالَ فيه؛ لأنه لو قبضَ في المجلسِ؛ لم يَصِحَّ قبْضُه، فبَعْدَ المجلسِ أَوْلَىٰ، وإنْ قبضَ في المجلسِ لم يَصِحَّ؛ لأن نَهْيَ الوَاهبِ المَوْهُوبَ له عن القبضِ رجوعٌ عن الإيجابِ؛ لأن القبضَ في بابِ الهِبَةِ بمنزلةِ القبولِ في بابِ البَيْعِ مِن حيثُ إن المِلْكَ به يَقَعُ، فيَكُونُ النهيُ عن القبضِ بمنزلةِ النهيِ عن القَبُولِ في بابِ البَيْعِ، والبائعُ لو نهىٰ المُشْتَرِيَ عن القَبُولِ بعدَ الإيجابِ؛ كان ذلك رجوعًا منه عن الإيجابِ دلالةً، فكذلك هذا، ولو رَجَعَ ثم قبَضَ؛ لا يَصِحُّ قبْضُه، فكذا هذا».

قولُه: (وَتَنْعَقِدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ: وَهَبْتُ، وَنَحَلْتُ، وَأَعْطَيْتُ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»، وتمامُه فيه: «وأطعمتُك [٢٦٢/٦ظ/م] هذا الطعامَ، وجعلْتُ هذا الثوبَ لك، وأعمرتُك هذا الشيءَ، وحملْتُك علىٰ هذه الدَّابَّةِ، إذا نوىٰ بالحُمْلانِ الهِبةَ»[١]. إلىٰ هنا لَفْظُ القُدُورِيِّ.

أمَّا انعقادُ الهِبةِ بقولِه: (وَهَبْتُ)؛ فلأنه صريحٌ في الهِبةِ، فانعقدَتْ به.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

أَمَّا الأَوَّل: فَلِأَنَّ الإِطْعَامَ إِذَا أُضِيفَ إِلَىٰ مَا يُطْعِمُ عَيْنُه يُرَادُ بِهِ تَمْلِيْكَ العَيْنِ، بِخِلافِ مَا إِذَا قَالَ: أَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الأَرْضَ حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَةً؛ لِأَنَّ عَيْنَهُ لَا تُطْعَمُ[١]؛ وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ لِلتَّمْلِيكِ.

غاية البيان

وأمَّا إذا قال: نحلْتُك عبديَ هذا، أو قال: نحلْتُك هذا الثوبَ، وقبَضه المنحولُ له؛ كان هِبةً؛ لأن النُّحْلَىٰ[٢] والهِبةَ في اللغةِ سواءٌ؛ لِمَا حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار»: مسندًا إلىٰ النُّعْمَان بْنِ بَشِيرٍ قَالَ: نَحَلَنِي أَبِي غُلَامًا، فَأَمَرَتْنِي أُمِّي أَنْ أَذْهَبَ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ لِأُشْهِدَهُ عَلَىٰ ذَلِكَ، فَقَالَ ﷺ: «أَكُلُّ أَوْلَادِكَ أَعْطَيْتَهُ[٣]؟» فَقَالَ: لَا، قَالَ: «فَارْدُدْهُ»[٤].

وقد رَوَيْنَا عن «شرح الآثار» أيضًا قبلَ هذا ـ عندَ قوله: (وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ) ـ: عن عَائِشَةَ ﵂ أَنَّهَا قَالَتْ: «إِنَّ أَبَا بَكْرٍ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا»[٥].

فَعُلِمَ: أن النُّحْلَىٰ والهِبةَ في عُرْفِ الشَّرْعِ واللُّغةِ سواءٌ، فلو قال: وهبْتُ؛ تَنْعَقِدُ به الهِبةُ، فكذا إذا قال: نحلْتُ.

وأمَّا قولُه[٦]: «أعطيْتُك هذا الثوبَ»؛ يَنْعَقِدُ هِبَةً، فإنه عبارةٌ عن التمليكِ بغيرِ عِوَضٍ؛ لأن الإعطاءَ والإيتاءَ سواءٌ في اللُّغةِ، فإذا كان عبارةً عن التمليكِ

---

(١) زاد بعده في (ط): «فيكون المراد أكل غلتها».

(٢) النُّحْلَىٰ: العَطِيَّة، بوزن: الحُبْلَىٰ. ينظر: «مختار الصحاح» لزين الرازي [ص/٣٠٦/ مادة: نحل].

(٣) أي: أعطيْتَ مثل هذا. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب الهبة للولد وإذا أعطىٰ بعض ولده شيئًا لم يجز حتى يعدل بينهم ويعطي الآخرين مثله ولا يشهد عليه [رقم/٢٤٤٦]، ومسلم في كتاب الهبات/ باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة [رقم/١٦٢٣]، من حديث النُّعْمَان بْنِ بَشِيرٍ ﵁ به نحوه.

(٥) مضىٰ تخريجه.

(٦) أي: قول القُدُورِيِّ ﵀.

وَأَمَّا الثَّالِثُ: فَلِقَوْلِهِ ﷺ: «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرَىٰ فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ» وَكَذَا إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الدَّارَ لَكَ عُمْرَىٰ؛ لِمَا قُلْنَا.

ـ وقد أُضِيفَ إلىٰ العينِ ـ كان هِبَةً.

وأمَّا قولُه[1]: «أطعمْتُك هذا الطعامَ»، فإذا أقبضَه وقبَضَه كان هِبَةً، وإنْ كان الإطعامُ في اللُّغةِ عبارةً عن الإباحةِ بدلالةِ القبضِ؛ لأن الهِبةَ هي المحتاجةُ إلىٰ القبضِ لا الإباحةُ، فإنها تَتِمُّ مِن غيرِ قَبْضٍ، وصدْرُ الكلامِ قد يَتغيَّرُ إذا كان في آخرِه ما يُغيِّرُ أوَّلَه، كما في التعليقِ والاستثناءِ.

بخلافِ ما إذا قال: أطعمْتُكَ هذه الأرضَ، حيثُ تَكُونُ عَارِيَّةً لا هِبةً؛ لأن عيْنَ الأرضِ لا تُطْعَمُ، وغَلَّتُها تُطْعَمُ، فانْصَرَف الإطعامُ إلىٰ الغَلَّةِ، فكأنه قال: أطعمْتُك غَلَّةَ هذه الأرضِ، فيَصيرُ مُعِيرًا للأرضِ منه؛ لأن إطعامَ غَلَّةٍ مَعْدُومةٍ لا يُتَصَوَّرُ إلا بعدَ إعارةِ الأرضِ منه.

ولنا في تقريرِ صاحبِ «الهداية» نَظَرٌ؛ لأنه قال: (إِنَّ الْإِطْعَامَ إِذَا أُضِيفَ إِلَىٰ مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ: يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ)، فعلىٰ هذا يَنْبَغِي أن يَكُونَ المرادُ مِن الإطعامِ في الكفَّارةِ التمليكَ، لا الإباحةَ، كما هو مذهبُ الخصْمِ؛ لأن المرادَ من الإطعامِ إطعامُ الطعامِ، والطعامُ يُؤْكَلُ عيْنُه، فكان الإطعامُ في الآيةِ مضافًا إلىٰ ما يُطْعَمُ عيْنُه، فافْهَمْ[2].

وأمَّا قولُه[3]: «جعلْتُ هذا الثوبَ لك». فَلِما روَىٰ محمدُ بنُ إسحاقَ في هجرةِ رسولِ اللهِ ﷺ قال: «فَلَمَّا قَرَّبَ أَبُو بَكْرٍ الرَّاحِلَتَيْنِ إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ [٢/٤٦٢ظ] ﷺ،

---

(١) أي: قول القُدُوريِّ ﷺ.

(٢) اعترض عليه العينى بقوله: لا نسلم أنه أضيف إلىٰ ما يؤكل عينه بل هو مضاف إلىٰ عشرة مساكين، فافهم. ينظر: «البناية شرح الهداية» [١٠/١٦٦].

(٣) أي: قول القُدُوريِّ ﷺ.

وَأَمَّا الرَّابِعُ: فَلِأَنَّ الحَمْلَ هُوَ الإِرْكَابُ حَقِيقَةً فَيَكُونَ عَارِيَةً لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الهِبَةَ، يُقَالُ: حَمَلَ الأَمِيرُ فُلَانًا عَلَى فَرَسٍ وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نِيَّتِهِ.

غاية البيان

قَدَّمَ لَهُ أَفْضَلَهُمَا، ثُمَّ [٦/٢٦٣و/م] قَالَ لَهُ: ارْكَبْ فَدَاكَ أَبِي وَأُمِّي يَا رَسُولَ اللهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنِّي لَا أَرْكَبُ بَعِيرًا لَيْسَ لِي»، قَالَ: فَهِيَ لَكَ يَا رَسُولَ اللهِ بِأَبِي أَنْتَ وَأُمِّي، قَالَ: «لَا، وَلَكِنْ مَا الثَّمَنُ الَّذِي ابْتَعْتَهَا بِهِ؟» قَالَ: كَذَا وَكَذَا، قَالَ: «قَدْ أَخَذْتُهَا بِذَلِكَ»، قَالَ: هِيَ لَكَ يَا رَسُولَ اللهِ، فَرَكِبَا وَانْطَلَقَا»[١].

فدلَّ أن قولَه: «لك» يَدُلُّ على الهِبةِ.

وأمَّا قولُه[٢]: «أعمرتُكَ هذا الشيءَ»، فلأنَّ العُمْرَىٰ والهِبةَ في عُرْفِ الشَّرْعِ سواءٌ، أَلَا تَرىٰ إلىٰ ما روىٰ في «شرح الآثار»: مسندًا إلىٰ طَاوُسٍ عَنِ ابن عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الْعُمْرَىٰ لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ»[٣].

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: بإسنادِه إلىٰ أبي الزُّبَيْرِ[٤] عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ لَا تَعْمُرُوهَا، فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا[٥]؛ فَهُوَ لَهُ»[٦].

(١) ينظر: «السيرة النبوية لابن إسحاق/ تهذيب ابن هشام» [٣/١٣].

(٢) أي: قول القُدُورِيِّ ﷺ.

(٣) أخرجه: النسائي في كتاب الرُّقبىٰ [رقم/٣٧١٠]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٢٦١٦]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٩٢]، من طريق أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ طَاوُسٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ به. واللفظ للطحاوي وحده.
قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [١٤/٣٧٦].
وله شاهد بمثل هذا اللفظ: أخرجه مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرىٰ [رقم/١٦٢٥]، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في العمرىٰ [رقم/٣٥٥٠]، والنسائي في كتاب العمري [رقم/٣٧٥٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٩٢]، وغيرهم من حديث جابر بن عبد الله ﷺ به.

(٤) أبو الزبير: محمد بن مسلم بن تَدْرُس. سَمِع جابرًا. ذكره مسلم في «الكنىٰ». وينظر: «الكنىٰ والأسماء» لمسلم بن الحجاج [ص/٣٤٧].

(٥) أي: أعطىٰ له عَمرة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٦) أخرجه: مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرىٰ [رقم/١٦٢٥]، والنسائي في كتاب العمري=

وَلَوْ قَالَ: كَسَوْتُك هَذَا الثَّوْبَ؛ يَكُونُ هِبَةً؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ، قَالَ الله تَعَالَى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ: كَسَا الأَمِيرُ فُلَانًا ثَوْبًا: أَي مَلَّكَهُ مِنْهُ.

غاية البيان

وأمّا قولُه[(١)]: «حملتُك على هذه الدَّابَّةِ»، إنما تَكُونُ هِبةً إذا عنَىٰ به إيَّاها؛ لأنه يَحْتَمِلُ الأمْرَيْنِ: العَارِيَّةَ والهِبةَ، فيُعْتَبرُ نيَّتُهُ، أَلَا تَرىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿إِذَا مَآ أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ﴾ [التوبة: ٩٢]، أي: لِتُرْكِبَهم.

ويقال: حمَلَ فلانٌ فلانًا إلىٰ مكَّةَ، أي: أركَبهُ دَابَّةً، وأعارها إيَّاه، ويُرَادُ تمليكُ العينِ أيضًا في عُرْفِ الناسِ، فيُقالُ: حمَلَ الأميرُ فلانًا على فَرَسٍ؛ إذا أعطاها إيَّاه، وإنْ لم يَكُنْ له نيَّةٌ يُحْمَلُ على الْإِعَارةِ لتيقُّنِها؛ لأن ما زاد عليه مشكوكٌ، فلا يَثْبُتُ مِن غيرِ قَصْدٍ.

قال أهلُ اللغةِ: الحُمْلانُ أجْرُ ما يُحْمَلُ عليه مِن الدوابِّ في الهِبةِ خاصَّةً، ويُقالُ: الحُمْلانُ: الجَنِيبَةُ[(٢)] بنفسِها.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: كَسَوْتُك هَذَا الثَّوْبَ؛ يَكُونُ هِبةً)، ذكَرها وهي من مسائلِ «المبسوط» تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: وإذا قال: كسوتُك هذا الثوبَ كان هِبةً؛ لأن الكسوةَ في عُرْفِ لسانِ الشَّرْعِ عبارةٌ عن تمليكِ العينِ بغيرِ عِوَضٍ، لا عن تمليكِ المَنْفَعَةِ، قال تَعالىٰ: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

والمرادُ به: تمليكُ العينِ لا تمليكُ المَنْفَعَةِ، وألفاظُنا تُحْمَلُ علىٰ ما هو

= [رقم/٣٧٣٧]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٩٢/٤]، وغيرهم من حديث جابر بن عبد الله ﷺ به.

(١) وقع بالأصل: «قولك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) الجَنِيبة: العَلِيقة، وهي الناقة تُعْطِيها القومَ ليَمْتاروا لك عليها. ينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [١٠٢/١/ مادة: جنب].

وَلَوْ قَالَ: مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ: كَانَتْ عَارِيَّةً؛ لما روينا مِنْ قَبْلُ.

المرادُ مِن ألفاظِ الشَّرْعِ.

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: مَنَحْتُكَ هَذِهِ الْجَارِيَةَ: كَانَتْ عَارِيَّةً؛ لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ)، وهذا أيضًا ذكَر تفريعًا، وأشار بقولِه: (لِمَا رَوَيْنَا)، إلى ما ذكرَه في أوَّلِ كتابِ العَارِيَّةِ من قولِه ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ»[١].

وهكذا ذكرَ الجوابَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي» مِن غيرِ تفصيلٍ، وقال: «إذا قال: «منحتُك هذه الأرضَ»؛ فهي عَارِيَّةٌ». ولكنْ شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه فصَّلَ في «مبسوطه» وقال: «إذا قال: «منحتُك»: إنْ كان مضافًا [٦/٢٦٣ظ/م] إلى ما يُمْكِنُ الانتفاعُ [به][٢] معَ بقاءِ العينِ؛ يَكُونُ إعارةً، وإنْ أضاف إلى ما [لا][٢] يُمْكِنُ الانتفاعُ به، معَ بقاءِ عيْنِه، كالدراهمِ والطعامِ يَكُونُ هِبةً، وذلك لأن المِنْحَةَ تُذْكَرُ ويُرَادُ به العَارِيَّةُ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ»[٣]، وأراد به: العَارِيَّةَ؛ لأن الهِبةَ لا تَكُونُ مردودةً، إنما المردودةُ العَارِيَّةُ، ويُذْكَرُ ويُرَادُ به الهِبةُ، يقال: منَحَ فلانٌ فلانًا، أي: وهبَ له.

وإذا كانتِ اللفظةُ صالحةً للأمريْنِ جميعًا[٤]، والعملُ بهما متعذِّرٌ في عيْنٍ واحدةٍ؛ لأن العينَ الواحدَ لا يُتصَوَّرُ أن تكُونَ عَارِيَّةً وهِبةً في وقْتٍ واحدٍ؛ عَمِلْنا بهما في محلَّيْنِ مختلفَيْنِ.

فقلنا: إذا أُضِيفَتِ المِنْحَةُ إلى عينٍ يُمْكِنُ الانتفاعُ به معَ بقاءِ عيْنِه؛ جُعِلَتْ عَارِيَّةً؛ لأن ردَّ العينِ مُمْكِنٌ معَ الانتفاعِ به، وإنْ أُضِيفَ إلى عينٍ لا يُمْكِنُ الانتفاعُ

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «للأمرين عينًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ قَالَ: دَارِي لَك هِبَةٌ سُكْنَىٰ أَوْ سُكْنَىٰ هِبَةً؛ فَهِيَ عَارِيَّةٌ؛ لِأَنَّ العَارِيَةَ

به معَ بقاءِ عيْنِه؛ جُعِلَ هِبَةً، كما في المكيلِ والموزونِ؛ توفيرًا على المعْنَيَيْنِ حَظَّهما بقدرِ الإمكانِ.

قال في «الجمهرة»: «منحْتُ الرَّجُلَ أَمْنِحُهُ، وأَمْنَحُه؛ إذا أعطيْتَه، وأصْلُ المَنْحِ: أنْ يُعْطِيَ الرَّجلُ [٢/٤٦٣و] الرَّجُلَ ناقةً أوْ شاةً، فيشْرَبَ لبنَها، ثم يَرُدَّها، ثم كَثُر ذلك حتىٰ صار كلُّ مَن أعطَىٰ شيئًا فقد مَنَحَ، والناقةُ مِنْحَةٌ ومَنِيحَةٌ»[١].

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: دَارِي لَك هِبَةٌ سُكْنَىٰ أَوْ سُكْنَىٰ هِبَةً؛ فَهِيَ عَارِيَّةٌ)، وهذه من مسائلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في الرَّجُلِ يَقُولُ: هذه لك هِبَةٌ سُكْنَىٰ، ودفعَها إليه، قال: هذه عَارِيَّةٌ، وإنْ قال: هي لك هِبَةٌ تَسْكُنُها؛ فهي هِبةٌ، وإن قال: هي لك سُكْنَىٰ هِبةٌ؛ فهي سُكْنَىٰ»[٢]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصلِ «الجامع الصغير».

ونصَبَ هِبَةً في قولِه: «هِبَةٌ سُكْنَىٰ»: على الحالِ، وكذلك لو قال: داري لك عُمْرَىٰ سُكْنَىٰ فقبَضها؛ فهي عَارِيَّةٌ، وكذلك لو قال: هي لكَ نُحْلىٰ سُكْنَىٰ، أو قال: سُكْنَىٰ صَدَقَةً، أو قال: [هي][٣] لك صَدَقَةٌ عَارِيَّةٌ، أوْ قال: [هي][٤] لك هِبَةٌ عَارِيَّةٌ، أو قال: هي لك عَارِيَّةٌ هِبَةٌ؛ لأنه لَمَّا نصَّ علىٰ الجهةِ ـ وهي السُّكْنَىٰ والعَارِيَّةُ ـ كان المرادُ أنها له في حقِّ الانتفاعِ.

بيانُ هذا: أن اللامَ في التمليكِ في قولِه: «هي لك»، فاحتملَ تمليكُ المَنْفَعَةِ، فلَمَّا ذكَر السُّكْنَىٰ أو العَارِيَّةَ؛ كان مُحكمًا في إرادةِ تمليكِ المَنْفَعَةِ والهِبَةِ

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٥٧٢].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦ ـ ٤٣٧].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

مَحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ المَنْفَعَةِ وَالهِبَة تَحْتَمِلُهَا وَتَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ العَيْنِ فَيُحْمَلُ المُحْتَمَلُ عَلَى المُحْكَمِ، ....

غاية البيان

محتملةً لإرادةِ تمليكِ المَنْفَعَةِ، فحُمِلَ المُحْتملُ على المُحكمِ.

وهذا بخلافِ ما إذا قال: هي لك هِبةٌ تَسْكُنُها، أو عُمْرىٰ تَسْكُنها فهي هِبَةٌ؛ لأن قولَه: «تسْكُنُها»، وقَع مَشُورَةً، لا تفسيرًا، وهذا لأن قولَه: «داري لك» اسمٌ، وقولُه: «سُكْنَىٰ» اسمٌ، والاسمُ يَصْلُح أن يَكُونَ نعتًا وتفسيرًا للاسمِ، فصار كأنه قال: لك سُكْنَىٰ داري، ولو قال ذلك كانت عَارِيَّةً، فكذلك هذا، بخلافِ قولِه: «تَسْكُنُها»؛ لأنه لا يَصْلُحُ نعتًا وتفسيرًا لقولِه: «داري لك»؛ لأن [٦/٢٦٤و/م] الفعلَ لا يَصْلُحُ نعتًا للاسمِ. كذا قال خُوَاهَرْ زَادَه.

والأَولَىٰ أَنْ يُقَالَ: إنه أراد بِالْهِبَةِ: السُّكْنَىٰ في قولِه: «هِبَة سُكْنَىٰ»؛ لأنه فسَّرها بها، وهِبَةُ السُّكْنَىٰ عَارِيَّةٌ، بخلافِ قولِه: «تَسْكُنُها»؛ لأنه أخرَج الكلامَ في الهِبةِ مخْرَجَ الإرسالِ، وأخرجَ الكلامَ في السُّكْنَىٰ مخرَجَ المَشُورَةِ، فصار كأنه قال: وهبْتُ لك هذه الدارَ وسكَتَ، ثم قال: اسْكُنْ هذه الدارَ، فصار مَشُورَةً؛ كقولِه: هذا الطعامُ لك تَأْكُلُه، وهذا الثوبُ لك تلْبَسُه.

وإنْ قال: هي لك هِبَةٌ إجارةٌ كلُّ شهرٍ بدرهمٍ، أوْ إجارةٌ هِبَةٌ؛ فهي إجارةٌ في الوجهَيْنِ جميعًا؛ لأنه نصَّ علىٰ جهةِ الْإِجَارةِ، هذا لا يُشْكِلُ إذا قال: هِبَةً إجارةً؛ لأنه ذكَر في آخرِ كلامِه ما يُغَيِّرُ أَوَّلَه، وإنما الإشكالُ فيما إذا قال: داري لك إجارةٌ هِبَةٌ كلُّ شهرٍ بكذا؛ فإنها لا تَكُونُ هِبةً، بل تَكُونُ إجارةً؛ لأن أَوَّلَ الكلامِ إنما يتَغَيَّرُ بآخِرِه إذا كان أَوَّلُ الكلامِ محتملًا للتغيُّرِ، كما في استثناءِ البعضِ والتعليقِ، فإذا لم يَكُنْ محتمِلًا للتغيُّرِ؛ فلا يتَغَيَّرُ كاستثناءِ الكُلِّ، وهنا لا يَحْتَمِلُ أَوَّلُ الكلامِ التغيُّرَ؛ لأن أَوَّلَ الكلامِ مُعَاوَضَةٌ، والمُعَاوَضَةُ لا تحتَمِلُ التغيُّرَ إلىٰ التَّبَرُّعِ.

وَكَذَا إِذَا قَالَ: عُمْرِىٰ سُكْنَىٰ أَوْ نُحْلَىٰ سُكْنَىٰ أَوْ سَكَنَىٰ صَدَقَةٌ أَوْ صَدقةٌ عَارِيةٌ أَوْ عَارِيَةٌ هِبَةٌ لِمَا قَدَّمْنَا.

ولم يَذْكُرْ في «المبسوط» أن الإِجَارَةَ تَكُونُ لازمةً أوْ غيرَ لازمةٍ.

قال شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه ﷺ في «مبسوطه»: «حُكِيَ عن الإمامِ أبي بكرٍ محمدِ بنِ حامدٍ ﷺ[١] أنه قال: دخلْتُ على الجَصَّاصِ واستفدْتُ منه فوائدَ أحدُها هذه، وهو أنه قال: هذه الإِجَارَةُ[٢] لا تَكُونُ لازمةً، حتَّىٰ كان لكلِّ واحدٍ منهما أنْ يَرْجِعَ قبلَ القبضِ وبعْدَ القبضِ أيضًا لكلِّ واحدٍ منهما أنْ يَفْسَخَ، لكن إذا سكنَ يَجِبُ الأجْرُ؛ لأن المَنَافِعَ في المستقبَلِ غيرُ مَقْبُوضَةٍ، وهذا لأنه أَمْكَنَ العملُ باللفظَيْنِ، فيُعْمَلُ بهما بقَدْرِ الإمكانِ[٣]، كما في الهِبَةِ بشرطِ العِوَضِ».

وقال في «شرح الكافي»: «وإن قال: وهبْتُ العبدَ هذا لك [٢/٤٦٣ظ]، حياتَك وحياتَه، وقَبَضَه؛ فهذه هِبَةٌ جائزةٌ، وهذه هي العُمْرَىٰ، فيَبْطُلُ الشرطُ وتَصِحُّ الهِبةُ، وكذلك قولُه: وهبْتُ [لك][٤] هذا العبدَ حياتَك، فإذا مِتَّ فهو لي، وإذا مِتُّ أنا؛ فهو لوارثي.

وكذلك لو قال: هذه هِبةٌ لك ولِعَقِبِكَ مِن بعْدِك؛ فهي هِبَةٌ، وذِكْرُ العَقِبِ لغْوٌ؛ لمَا بَيَّنَّا: أن الشروطَ الفَاسِدَةَ لا تَفْسُدُ بها الهِبةُ، وإنْ قال: أسكنْتُك هذه الدارَ حياتَك ولِعَقِبكَ مِن بعْدِك؛ فهي عَارِيَّةٌ؛ لأن الإسكانَ تنصيصٌ على تمليكِ المَنْفَعَةِ»[٥].

قولُه: (نُحْلَىٰ سُكْنَىٰ)، قال في «تهذيب ديوان الأدب»: «النُّحْلَىٰ:

(١) محمد بن حامد: هو محمد بن حامد بن عَلِيّ أبو بكر البخارِيّ الحنفِيّ. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.
(٢) في «غ»: «الإعارة».
(٣) وقع بالأصل: «تعذر الإمكان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٦].

وَلَو قَالَ: هِبَةُ تَسْكُنُهَا فَهِي هِبَةٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشْوَرَةٌ وَلَيْسَ بِتفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيهٌ عَلَى المَقْصُود، بِخِلافِ قَوْلَهُ: هِبَةٌ سُكْنَى؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ.

قَالَ: وَلَا تَجُوزُ الهِبَة فِيمَا يُقْسَمُ إلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَهِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لَا يَنْقَسِم جَائِزَةٌ.

غاية البيان

العطِيَّةُ»[١].

قولُه: (مَشْوَرَةٌ)، هي بتسكينِ الشينِ، وفتْحِ الواوِ، أو بضمِّ الشينِ، وسكونِ الواوِ، بمعنى: الشُّورَى، وهي استخراجُ رأيٍ على غالبِ الظنِّ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا [٦/٢٦٤ظ/م] تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَهِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لَا يَنْقَسِم جَائِزَةٌ)، [أي][٢]: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٣].

وقولُه: (مَحُوزَةً)، احترازٌ عمَّا إذا كانت الهِبَةُ مشغولةً بما لم تقَعْ عليه الهِبَةُ، كالتمْرِ في النخلِ، والزرعِ في الأرضِ، وكالظَّرْفِ فيه مَتَاعٌ للوَاهِبِ.

وقولُه: (مَقْسُومَةً)، احترازٌ عن المَشَاعِ، قال: علماؤُنا: هِبةُ المَشَاعِ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لا تَتِمُّ، ولا تُفِيدُ المِلْكَ قبلَ القِسْمَةِ.

وقال الشَّافِعِيُّ ﵀: إنها تامَّةٌ[٤].

وبعضُ أصحابِنا قالوا: إنها فَاسِدَةٌ. والأصحُّ ما قلناه، كَالهِبَةِ قبلَ القبضِ، ولَا يُقَالُ: إنها فَاسِدَةٌ، بل غيرُ تامَّةٍ، كذا هذا.

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٦/٢].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].
(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٣٤/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٢٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الوَجْهَينِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فَتَصِحُّ فِي المَشَاعِ كَالبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ، وَهَذَا ؛ لِأَنَّ المَشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ، وَهُوَ المِلْكُ فَيَكُونُ مَحَلًّا لَهُ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالقَرْضِ وَالوَصِيَّةِ.

غاية البيان

وأجمعوا على أن هِبَةَ المَشَاعِ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ـ كالعبدِ والدَّابَّةِ ـ تامَّةٌ. كذا قال علاءُ الدِّينِ العالمُ في «**طريقة الخلاف**»[١].

وقال في «الطريقة البرهانية»: «قال علماؤُنا: هِبَةُ الشَّائعِ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لا تُفِيدُ المِلْكَ قبْلَ القبضِ.

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: تُفِيدُ المِلْكَ بِالتَّخْلِيَةِ.

وأجمعوا على [أن][٢] هِبةَ الشَّائعِ الذي لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ تُفِيدُ المِلْكَ بِالتَّخْلِيَةِ».

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «وإذا وهبَ الرَّجلُ للرَّجُلِ نصيبًا مُسمًّى في دارٍ غيرِ مقسومٍ، فسَلَّمه إليه، أوْ سَلَّمَ إليه جميعَ الدارِ لم يَجُزْ، وكذا إنْ وهبَ له نصيبًا في بيتٍ [كبيرٍ][٣] لَمْ يَجُزْ ؛ لأن البيتَ يُقْسَمُ، وكلُّ شيءٍ يُقْسَمُ لا يَجُوزُ، وهذا عندَنا خلافًا للشَّافعيِّ ﷺ.

ونعني بقولِنا: إنه يُقْسَمُ ؛ أنه يَبْقَى منتفَعًا به انتفاعَ البيتِ بعدَ القِسْمَةِ، أمَّا إذا لَمْ يَبْقَ منتَفَعًا به ذلك النوعَ مِن الانتفاعِ، مثْلُ الحَمَّامِ الصغيرِ إذا قُسِمَ، والبيتِ الصغيرِ، فإنه تَجُوزُ هبتُه قبْلَ القِسْمَةِ اتِّفاقًا».

وقال شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**»: «قال

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٩١].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَنَا: أَنَّ القَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الهِبَة فَيُشْتَرَطُ كَمَاله وَالمَشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَوْهُوبٌ، وَلِأَنَّ فِي [١٠٩/و] تَجْوِيزِهِ إِلْزَامُهُ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ وَهُوَ القِسْمَةُ، وَلِهَذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْل القَبْضِ؛ كَيْلَا يَلْزَمَهُ التَّسْلِيْمُ،

غاية البيان

علماؤُنا: إذا وهَب مُشاعًا يَحتَمِلُ القِسْمَةَ لا يَجُوزُ، سواءٌ وهبَ مِن الأجنبيِّ، أوْ مِن شريكِه.

[وقال الشَّافعيُّ: يَجُوزُ من الأجنبيِّ ومِن الشريكِ[١]][٢].

وقال ابنُ أبي لَيْلَى: إنْ وهبَ مِن الأجنبيِّ؛ لَمْ يَجُزْ، وإنْ وهبَ مِن الشريكِ؛ جاز.

وأجمَعُوا على أنه إذا وهبَ ما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ فإنه يَجُوزُ، ولا يريدون بقولِهم: إنه لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ: أنه لا يَحْتَمِلُ التجزُّؤَ في نفسِه؛ لأن ما مِن شيءٍ في الدنيا إلا ويحتَمِلُ التجزُّؤَ في نفْسِه، وإنما يُريدون بقولِهم: لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ: أن المَنْفَعَةَ تفُوتُ أصلًا بِالقِسْمةِ والتجزُّؤِ، كما في العبدِ متى قُسِّمَ وَجُزِّئَ تَفُوتُ المَنْفَعَةُ أصلًا، أوْ تفوتُ جنسُ المَنْفَعةِ، كما في الحَمَّامِ والبيتِ الصغيرِ». إلى هنا لَفْظُ خُوَاهَرْ زَادَه.

وَجْهُ قولِ الشَّافعيِّ ﵀: أن المَشَاعَ بعضُ الكُلِّ، وهِبَةُ الكُلِّ جائزةٌ، فكذا هِبَةُ البعضِ، كما في المَشَاعِ في الذي لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ.

والفِقْهُ فيه: أن المَشَاعَ قابِلٌ لحُكْمِ الهِبَةِ، وهو المِلْكُ، ولهذا صحَّ هِبَةُ المَشَاعِ فيما لا يَحتَمِلُ القِسْمَةَ، فكذا يقْبلُ المِلْكَ بسببِ البَيْعِ، فكان المَشَاعُ [٤٦٤/٢و] محلًّا لِلْهِبَةِ.

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٢٩/٤]. «روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٥٤٧/٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بِخِلافِ مَا لَا يُقَسَّم؛ لِأَنَّ القَبْضَ القَاصِرَ هُوَ المُمْكِنُ فَيَكْتَفِي بِهِ؛، وَلِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ.

غاية البيان

والدليلُ علىٰ هذا: أن المَشَاعَ [٦/٢٦٥و/م] يَصْلُحُ رأسِ مالَ السَّلَم، وبدلَ الصَّرْفِ، والقبضُ شرْطٌ في بابِ السَّلَمِ والصَّرْفِ، فلو لم يَكُنِ المَشَاعُ قابلًا للقَبضِ؛ لَمَا صَلُح رأسَ مالِ السَّلَمِ وبدلَ الصَّرْفِ.

وكذلك إذا باع الشَّائعَ الذي يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ بيعًا فاسدًا، وخلَّىٰ بينَه وبينَ المُشْتَرِي؛ يَدْخُلُ في ضَمانِ المُشْتَرِي، ويخْرُجُ عن ضَمانِ البائعِ، والخروجُ من ضَمانِ البائعِ والدخولُ في ضَمانِ المُشْتَرِي مَبْنِيٌّ علىٰ القبضِ، فلو لم يَكُنْ محلًّا للقبضِ؛ لَمَا دخل في ضَمانِ المُشْتَرِي، وكذلك قرْضُ المَشَاعِ في الذي يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ صحيحٌ، والقرضُ تبرُّعٌ، والتَّبَرُّعُ لا يَصِحُّ بدونِ القبضِ.

بيانُه: أنه نصَّ في «كتابِ المُضَارَبَةِ» في رَجُلٍ دفَع إلىٰ رَجلٍ ألفًا نصفُه قرْضًا، ونصفُه مُضَارَبَةً؛ فإنه يَصِحُّ، وكذلك لو أوصىٰ بثلثِ دارِه شائعًا؛ يَصِحُّ ويَثْبُتُ المِلْكُ قبْلَ القبضِ.

ولنا: ما رَوَيْنَا عندَ قولِه: (**وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ**)، أن أبا بكرٍ قال لِعَائِشَةَ: «وَإِنِّي[1] كُنْتُ نَحَلْتُكِ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا، فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِهِ واحْتَزْتِهِ كَانَ لَكِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الوَارِثِ»[2]، فشَرَطَ الحِيَازَةَ لصحَّةِ الهِبَةِ.

وَرُوِيَ في نُسَخِ «**المبسوط**»: «عن أبي بكرٍ وعُمَرَ وعُثْمَانَ وعَلِيٍّ ﭫ أنهم قالوا: «لا تَجُوزُ الهِبَةُ إلا مَحُوزَةً مَقْبُوضَةً»[2].

والحِيَازَةُ: جمْعُ الشيءِ في حَيِّزٍ واحدٍ، وذلك إنما يَكُونُ بِالقِسْمَةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «وإن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضىٰ تخريجه.

. . . .

والفقهُ فيه: أن القبضَ شرْطٌ لصحَّةِ الهِبَةِ باتِّفاقٍ بيننا وبينَه، والقبضُ لا يَتحقَّقُ في الشَّائعِ؛ لأن المُعيَّنَ شرْطٌ لصحَّةِ القبضِ؛ لأنه يُلاقيه الفعلُ حقيقةً، وإنما يُتصَوَّر ملاقاةُ الفعلِ إذا كان بحيثُ يُشارُ إليه؛ ليقْصِدَه الفاعلُ بالفعلِ، والشَّائعُ لا يُشارُ إليه، فلا يَتأتَّى فيه القبضُ.

بخلافِ ما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ لأنه تعذَّر تحقيقُ القبضِ الكاملِ فيه، فاكْتُفِيَ بالقبضِ القاصرِ؛ ولأنَّا إنما شرَطْنا القبضَ احترازًا عن إلزامِ الوَاهبِ ضَمانَ القِسْمَةِ، وههنا لا يَلْزَمُه ضَمانُ القِسْمَةِ، فحَكَمْنا بالجوازِ.

وقال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «والمعنىٰ في المسألةِ: أن هذا حُكْمٌ شرْعِيٌّ عُلِّقَ بسببٍ، فلا يَثْبُتُ بِالنَّاقِصِ مِن السببِ مِن غيرِ ضرورةٍ؛ قياسًا علىٰ وقوعِ المِلْكِ في بابِ البيعِ[1] لَمَّا كان حكمًا شرعيًّا عُلِّقَ بسببٍ ـ وهو البَيْعُ ـ لَمْ يَثْبُتْ بِالنَّاقِصِ منه مِن غيرِ ضرورةٍ، وهو البَيْعُ بالإشارةِ مِن الناطقِ؛ لأن الإشارةَ دونَ النطقِ، فكذلك هذا.

ونعْنِي بقولِنا: «حُكْم شرْعِي»: أن المعلَّقَ بالقبضِ في بابِ الهِبةِ إنما هو المِلْكُ، وأنه حُكْمٌ شرعِي؛ لأنه لا يُرَىٰ ولا يُشاهَدُ، فلا يَثْبُتُ بِالنَّاقِصِ مِن القبضِ مِن غيرِ ضرورةٍ، وقد تمكَّنَ [٦/٢٦٥ظ/م] في قبْضِ المَشَاعِ نقصانٌ؛ لأن قبْضَ الهِبَةِ في الشَّائعِ إنما يَحْصُلُ تبعًا لقَبْضِ ما ليس بهبةٍ لا مقصودًا؛ لأنه لا يَحْصُلُ قبْضُه إلا بقَبْضِ الكُلِّ، وما يَحْصُلُ تبعًا لغيرِه يَكُونُ أنقصَ مِن الحاصلِ مقصودًا».

وقال في «الطريقة البرهانية»: «والدليلُ علىٰ أن قبْضَ المَشَاعِ ناقصٌ: أن القِسْمَةَ من تمامِ القبضِ، والشيءُ بدونِ ما يَتِمُّ به يَكُونُ ناقصًا، وبيانُ أن القِسْمَةَ

---

(١) وقع بالأصل: «باب المِلْك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

مِن تمامِ القبضِ أن الأَنْصِباءَ قبلَ القِسْمَةِ متفرِّقةٌ، وبالقِسْمَةِ تَجْتَمِعُ فتُقْبَضُ.

ولهذا إذا اشترىٰ نصفَ دارٍ شائعًا، وقاسمهُ البَائِعُ؛ ليس لِلشَّفِيعِ أنْ يَنْقُضَ القِسْمَةَ، ولِلشَّفِيعِ نقْضُ كلِّ تصرُّفٍ باشَره المُشْتَرِي إلَّا القبضَ، وما هو مِن تمامِ القبضِ، فلو لا أن القِسْمَةَ مِن تمام القبضِ؛ كان له حقُّ النقضِ[١]، وإذا ثبتَ أن قبضَ الشَّائعِ ناقصٌ؛ لا يَجُوزُ أنْ يُكْتَفَىٰ به مِن غيرِ ضرورةٍ».

وقال خُوَاهَرْ زَادَه: ولا يَلْزَمُ علىٰ ما قُلنا: ما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ [٢/٤٦٤ظ]؛ لأنَّا قُلنا: حكْمٌ شرعيٌّ عُلِّق بسببٍ، فلا يَثْبُتُ بِالنَّاقِصِ مِن السببِ من غيرِ ضرورةٍ، وفيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ضرورةٌ، وهو فواتُ المَنْفَعَةِ أصلًا علىٰ الوَاهِبِ، أوْ فواتُ جنسِ المَنْفَعَةِ متىٰ قُسِم.

والحُكْمُ الشرعيُّ إذا عُلِّق بالسببِ يَجُوزُ أن يَثْبُتَ بِالنَّاقِصِ مِن السببِ حالةَ الضرورةِ، كما يَثْبُتُ البَيْعُ بالإشارةِ مِن الأخرسِ؛ لأن الحالَ حالُ ضرورةٍ، ولا ضرورةَ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ لأن القِسْمَةَ تُمكِّنُ حتَّىٰ يزولَ النُّقْصَانُ المتمَكِّنُ في القبضِ.

والجوابُ عن المسائلِ فنقولُ: القبضُ ليس بشرطٍ في البَيْعِ بخلافِ الهِبَةِ، فافترقا، فجاز بيعُ المَشَاعِ دونَ هِبَةِ المَشَاعِ، والصَّرْفُ والسَّلَمُ وإنْ كان القبضُ شرْطًا فيهما؛ لكنَّهُما عَقْدَا ضَمانٍ، فناسَبَا[٢] إلزامَ ضَمَانِ القِسْمَةِ، بخلافِ الهِبَةِ؛ فإنها عَقْدُ تَبرُّعٍ، فلم يَكُنْ إلزامُ حقِّ مُطالبةِ القسمةِ مناسبًا لها، فحَصَل الفرقُ، والقرْضُ عَقْدُ تَبرُّعٍ في الابتداءِ، وعقْدُ ضَمانٍ في الانتهاءِ؛ لأنه يَلْزَمُ المُسْتَقْرِضَ ردُّه.

---

(١) في «ج»، و«ن»: «حق القبض».

(٢) وقع بالأصل: «فناسب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَالْمُهَايَأَةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ ـ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ ـ وَالهِبَةَ لَاقَتِ الْعَيْنَ، وَالوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ شَرْطِهَا القَبْضُ، وَكَذَا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ، ....

غاية البيان

فبالنظرِ إلى التَّبَرُّعِ: يُشْتَرطُ القبضُ كما في الهِبَةِ.

وبالنظرِ إلى الضَّمانِ: لا يُشْتَرطُ، كما في البَيْعِ، فاكْتُفِيَ فيه بالقبضِ القاصرِ عمَلًا بالشبهَيْنِ، والوَصِيَّةُ ليس مِن شَرْطِها القبضُ، بل تَتِمُّ بالقَبُولِ بعدَ الموتِ قبلَ القبضِ، وقد مَرَّ البيانُ عندَ بيانِ قولِه: (وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ، وَالْقَبُولِ، وَالْقَبْضِ).

قولُه: (وَالْمُهَايَأَةُ [٦/٢٦٦و/م] تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ ـ وَهُوَ الْمَنْفَعَةُ ـ وَالْهِبَةُ لَاقَتِ الْعَيْنَ)، هذا جوابُ سؤالٍ يَرِدُ على قولِه، (وَلِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِلْزَامَهُ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ، وَهُوَ الْقِسْمَةُ).

بيانُه: أن الهِبةَ في الشَّائعِ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لو جازَتْ يَلْزَمُ إلزامَ القِسْمَةِ على الوَاهبِ، والإلزامُ يُنافي التَّبَرُّعَ، فورد جوازُ الهِبَةِ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وفيه إلزامُ المُهَايَأَةِ، فكيف جاز إلزامُ المُهَايَأَةِ ولم يَجُزْ إلزامُ القِسْمَةِ؟

فأجاب عنه بهذا، وقال: الإلزامُ في المُهَايَأَةِ ليس نفْسَ ما تبَرَّع به، بل في غيرِه؛ لأن تبرَّعه لاقَى العينَ، والمُهَايَأَةُ لاقَتِ المَنْفَعَةَ، فلَمْ يَلْزَمِ المنافاةُ.

والجوابُ الصحيحُ أنْ يُقالَ: هِبَةُ المَشاعِ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لَمَّا لم يَلْزَمْ منها ضَمانُ القِسْمَةِ على الوَاهِبِ؛ صحَّتْ.

وقولُهم: يُؤدِّي ذلك إلى إلزامِ التَّهَايُؤِ.

فنقولُ: لَا نُسلِّمُ؛ لأن التَّهَايُؤَ ليس بواجبٍ؛ لأن فيه إعارةَ كُلِّ واحدٍ منهما نصيبَه مِن صاحبِه، والْإِعَارَةُ لا تَكُونُ واجبةً.

قولُه: (وَكَذَا الْبَيْعُ الصَّحِيحُ، ....

وَالْبَيْعُ الْفَاسِدُ، وَالصَّرْفُ، وَالسَّلَمُ فَالقَبْضُ فِيهَا غَيْرَ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَانٍ فَتُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَالقَرْضُ تَبَرُّعٍ مِنْ وَجْهٍ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهٍ، فَشَرَطْنَا القَبْضَ القَاصِرَ فِيهِ دُونَ القِسْمَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، عَلَىٰ أَنَّ القَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهِ. وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ نَفْسِ الشُّيُوعِ.

غاية البيان

وَالْبَيْعُ[١] الْفَاسِدُ، وَالصَّرْفُ، وَالسَّلَمُ)، أي: هذه الأشياءُ كَالوَصِيَّةِ في أن الشُّيُوعَ لا يَمْنَعُها؛ لأن القبضَ ليس بمنصوصٍ عليه في هذه الأشياءِ، كما أن القبضَ ليس بشرطٍ للوَصِيَّةِ، فحصَل الفرقُ بينَ هِبَةِ المَشَاعِ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وبينَ هذه الأشياءِ.

ولكن لنا نَظَرٌ في أن القبضَ ليس بشرطٍ في الصَّرْفِ والسَّلَمِ؛ لقوله ﷺ: «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»[٢]، رواه البُخَارِيُّ في «الصحيح».

ولِمَا رَوَىٰ أبو عُبيدِ بنِ القاسمِ بنِ سلامٍ: في حديثِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[٣]. قَالَ: حدَّثَنيه زَيْدُ بْنُ الْحُبَابِ، عَنْ مُوسَىٰ بْنِ عُبَيْدَةَ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ دِينَارٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ».

[قال أبو عُبيدٍ][٤]: «قال أبو عُبيدةُ: هو النَسِيئَةُ بالنَسِيئَةِ»[٥].

والأَوْلَىٰ في الجوابِ عنِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ ما قُلنا أوَّلًا.

قولُه: (وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ نَفْسِ الشُّيُوعِ)،

(١) في «الهداية»: «وَأَمَّا الْبَيْعُ». ينظر: «الهداية» للمَرْغِيناني [٣/٢٢٣].

(٢) هذا جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [١/١٤٠/ طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية].

قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا؛ فَالهِبَة فَاسِدَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ

جوابُ سؤالٍ من جهةِ الخصمِ، بأن يُقالَ: عدمُ جوازِ الهِبَةِ مِن المَشَاعِ لا يَخْلُو مِن أحدِ الأمْرَيْنِ: إمَّا أنْ يَكُونَ دائرًا على نفْسِ الشُّيُوعِ، أوْ على لزومِ المطالبةِ بِالقِسْمَةِ.

إنْ قلتم بالأوَّلِ: يَبْطُلُ بِالمَشَاعِ [٢/٤٦٥و] الذي لا [٦/٢٦٥ظ/م] يَنْقَسِمُ.

وإنْ قلتم بالثاني: يَبْطُلُ بما إذا وهبَ نصيبَه مِن شريكِه لا يَجُوزُ عندَكم، مع أنه ليس فيه لزومُ المطالبةِ بِالقِسْمَةِ.

فأجاب عنه وقال: الحُكْمُ(١) مُعَلَّقٌ بِالشُّيُوعِ في محلٍّ يُتصَوَّرُ المطالبةُ بِالقِسْمَةِ؛ لأن الشَّرْعَ إنما جعلَه مانعًا لأجْلِ المطالبةِ بِالقِسْمَةِ، فأقَمْنا الشُّيُوعَ مقامَ المطالَبَةِ بِالقِسْمَةِ، ولكن في موضعٍ يُتصَوَّرُ القِسْمَةُ، وفي الذي لا يَنْقَسِمُ لا يُتصَوَّرُ، وفي هِبَةِ نصيبِه مِن شريكِه يُتصَوَّرُ، فأُقِيمَ مقامَه.

بقِيَ الكلامُ هنا معَ ابنِ أبي لَيْلَى: وَجْهُ قولِه: إنَّ نفْسَ الشُّيُوعِ ليست بمانعةٍ مِن صحَّةِ الهِبةِ؛ بدليلِ جوازِها معَ الشُّيُوعِ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، وإنما المانعُ ضَمانُ القِسْمَةِ، وهذا المعنى إنما يتَحَقَّقُ إذا وهبَ للأجنبيِّ دونَ الشريكِ.

ولنا: أن الشُّيُوعَ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ منَعَ جوازَ الهِبَةِ لوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنه يَجِبُ على الوَاهِبِ ضَمانُ القِسْمَةِ بسببِ الهِبَةِ.

والثاني: أن القبضَ ناقصٌ لِمَا قُلنا، ونقصانُ السببِ له أثرٌ في مَنْعِ ثبوتِ الحُكْمِ، وهنا إنْ لم يُوجَدْ أحدُ المانعَيْنِ؛ وُجِدَ المانعُ الآخَرُ، فلم تَصِحَّ الهِبةُ؛ لأن الحُكْمَ يَجُوزُ أن يَكُونَ معلولًا بعللٍ شتَّى.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا؛ فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ

(١) وقع بالأصل: «الحاكم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

جَازَ ؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالقَبْضِ وَعِنْدَهُ لَا شُيُوعَ.

قالَ: وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ، أَوْ دُهْنًا فِي سِمْسِمٍ ؛ فَالهِبَة فَاسِدَةٌ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ ؛ لَمْ يَجُزْ وَكَذَا السَّمْنُ فِي اللَّبَنِ ؛ لِأَنَّ المَوْهُوبَ مَعْدُومٌ، وَلِهَذَا

غاية البيان

في «مختصره». وتمامُه فيه: «فإنْ قسَمَه وسَلَّمه جاز»[1].

وأراد به الهِبةُ: فيما يُقْسَمُ ؛ لأن هِبةَ المَشَاعِ فيما لا يُقْسَمُ صحيحةٌ.

ولهذا قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإنْ وهبَ له شيئًا مُشَاعًا، ثم قسمَ ما وهبَ وأفرَزه، ثم سَلَّمَه إلىٰ المَوْهُوبِ له جاز، وكذلك إذا وهَب دارًا فيها طعامٌ للوَاهِبِ، أو ثمرةً معلَّقةً في نخْلٍ، أَوْ زرْعًا في أرضٍ، فأخرج الطعامَ مِن الدارِ، وجَذَّ الثمرَ مِن النخلِ، وحصَد الزرعَ، ثم سلَّمَ ذاك مَحُوزًا مُفْرزًا جاز ذلك، يُنْظَرُ في ذلك إلىٰ حالةِ القبضِ دونَ حالةِ العقدِ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ.

وذلك أن هِبةَ المَشَاعِ إنما فسدَتْ ـ أَوْ لم تَتِمَّ علىٰ ما هو الصحيحُ ـ لمعنىٰ الإشاعةِ، فقد زال ذلك بعدَ القِسْمَةِ والتسليمِ.

والدليلُ علىٰ ذلك: حديثُ أبي بكرٍ ﷺ: «أنه نَحَلَ عَائِشَةَ جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا»[3]، وبيَّنَ أنها لو حازَتْه وقبضَتْه جاز، فلولا أن العقدَ في المَشَاعِ وقَع صحيحًا ؛ لم تَمْلِكْ بالحِيَازةِ والقبْضِ.

قولُه: (وَعِنْدَهُ لَا شُيُوعَ)، أي: وَقْتَ القبضِ لم يبْقَ الشُّيُوعُ.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ، أَوْ دُهْنًا فِي سِمْسِمٍ ؛ فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ ؛ لَمْ يَجُزْ)، أي: قال [٦/٢٦٧و/م] القُدُورِيُّ في «مختصره»[4].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٠٥].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

لَوْ اسْتَخْرَجَهُ الغَاصِبُ يَمْلِكُهُ، وَالمَعْدُومُ لَيْسَ بِمَحِلّ لِلْمِلْكِ فَوَقَعَ العَقْدُ بَاطِلًا، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، بِخِلافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ المَشَاعَ مَحِلّ لِلتَّمْلِيكِ.

وَهِبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ،

غاية البيان

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «ولو وهَب رجلٌ لرَجُلٍ ما في بطْنِ جاريتِه، أوْ ما في بطونِ غنَمِه، أوْ ما ضروعِها، أو وهبَ له سَمْنًا مِن لبنٍ قبلَ أنْ يُسْلَى[1]، وزُبْدًا منه قبلَ أنْ يُمْخَضَ، أوْ دُهْنًا مِن سِمْسِمٍ قبلَ أنْ يُعْصَرَ، أوْ زَيْتًا مِن زيتونٍ، أوْ دقيقًا مِن حِنْطَةٍ، وسلَّطه على قبْضِه عندَ الولادةِ، أوْ عند استخراجِ ذلك؛ فإن ذلك لا يَجُوزُ.

ولا يُشْبِهُ هذا الدَّيْن يهَبه له، ويُسَلِّطُه على قَبْضِه؛ لأن الدَّيْنَ الذي في ذِمَّةِ الغريمِ يَجُوزُ بَيْعُه منه وهِبَته له، وغيرُ ذلك مما ذَكَرْنا لا يَجُوزُ هذا فيه»[2]. إلى هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ.

وذلك لأنَّ بعضَ هذه الأشياءِ مَعْدُومٌ عندَ العقدِ، أوْ معجوزُ التسليمِ لمعْنًى في المحلِّ أوْ مجهولٌ، حتى لا يَكُونَ محلًّا للبَيْعِ، وإذا [٤٦٥/٢ظ] لم يَكُنْ محلًّا للعقدِ؛ كانتِ الهِبَةُ فَاسِدَةً لا موقوفةً، بخلافِ هِبةِ المَشَاعِ والمَوْهُوبِ المتَّصِلِ بغيرِه، حيثُ تَجُوزُ الهِبَةُ إذا سُلِّم بعدَ الإفرازِ والفصلِ؛ لأَن المَشَاعَ محلٌّ قابلٌ لحُكْمِه، لكن المانعَ لمَعْنًى في غيرِه وهو العجزُ عن التسليمِ، لا لمَعْنًى في نفْسِ المعقودِ عليه، فإذا زال المانعُ انقلَب جائزًا. إلى هذا أشار في «**التحفة**»[3].

قولُه: (وَهِبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ،

---

(١) سَلَا السَّمْنَ يَسْلُؤُه سَلأً، إذا عَمِله، مِن باب فعَلَ يفْعَل، بفتْح العين في الماضي والمستقبل جميعًا. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٠٦].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٦٤/٣].

وَالثَّمَرِ فِي النَّخِيلِ؛ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ لِلاتِّصَالِ وَذَلِكَ يَمْنَعُ القَبْضَ كَالشَّائِعِ.

﴿ غاية البيان ﴾

وَالثَّمَرِ فِي النَّخِيلِ؛ بِمَنْزِلَةِ الْمُشَاعِ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، يعني: إذا سَلَّطَه على القبضِ، فحلبَ اللَّبَنَ، وجَزَّ الصُّوفَ، وحصدَ الزرعَ، وجَدَّ التمرَ جاز، وذلك لأنه قال قبلَ هذا في هِبَةِ المَشَاعِ: فإنْ قسَمَه وسلَّمه جاز، وهذا يَحْتَاجُ إلى بيانٍ.

قال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصره» المسمَّى بـ«الكافي» ـ في بابِ الهِبةِ فيما يَجُوزُ وفيما لا يَجُوزُ ـ: «رَجُلٌ وهَب لرَجُلٍ ما على ظهْرِ غنَمِه مِن الصُّوفِ، أوْ ما في ضَرْعِها من اللَّبَنِ؛ لَمْ يَجُز ذلك إلا أن يَأْمُرَه بجَزِّ الصُّوفِ، فيَجُوزُ حينَئذٍ، ويَصِيرُ هِبَةً بعدَ الجَزِّ»(١).

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ؛ لأن العقدَ وقَع فاسدًا، فلا يَنْقَلِبُ جائزًا. ثم قال: وكذلك ثَمَرُ الشجرِ والزرعُ».

ثم قال الحاكمُ في آخرِ هذا البابِ من «الكافي»: «رَجلٌ وهَب ما في بطْنِ جاريتِه لرَجُلٍ، وسلَّطه على قَبْضِه إذا وضعَتْ، فوضعَتْ ثم قبَضها المَوْهُوبُ له؛ لَمْ يَجُزْ، وكذلك دُهْنُ السِّمْسِمِ قبلَ أنْ يُعْصَرَ، والزيتُ [٢٦٧/٦ظ/م] في الزيتونِ، ودقيقُ الحِنْطَةِ، وكذلك اللبنُ في ضَرْعِ الشاةِ، والصُّوفُ على ظَهْرِها»(٢). فسوَّى بينَ هِبَةِ الولدِ والصُّوفِ في عدمِ الجوازِ.

وقال قبلَ هذا: «إذا سَلَّطَه على الجَزِّ جاز استحسانًا، فمِنْ مشايخنا مَن قال:

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٣].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤].

....

ليس في المسألةِ اختلافُ الروايَتَيْنِ، ولكن ذكَر في آخرِ البابِ: جوابَ القياسِ وسَكَت عن جوابِ الاستحسانِ، وذكَر في أوَّلِ البابِ جوابَ القياسِ والاستحسانِ جميعًا»[١].

ومنهم مَن قال: فيه روايتان، في رواية يَجُوزُ استحسانًا، وفي روايةٍ لا يَجُوزُ قياسًا واستحسانًا؛ لأنه عطَفَ على مسألةِ[٢] الدُّهنِ في السِّمْسِمِ، وذلك فاسدٌ قياسًا واستحسانًا، فكذلك هذا.

وجه ما ذكَر في أوَّلِ البابِ مِن الجوازِ: أن الصُّوفَ واللَّبَنَ وإنْ كان صفةً من أوصافِ الشاةِ وَقْتَ العقدِ، إلا أنه يَصِيرُ أصلًا حالةَ القبضِ، وأنه مالٌ قائمٌ وَقْتَ العقدِ، والمانعُ من جوازِ الهِبَةِ كونُ المضافِ إليه وصْفًا، فإذا صار أصلًا بالانفصالِ وقتَ القبضِ؛ زال المانعُ مِن الجوازِ وَقْتَ القبضِ، فصَحَّتِ الهِبَةُ.

كما لو وهَب مُشَاعًا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، ثم أفرزَ وسَلَّمَ مُفْرزًا جاز، بخلافِ الولدِ؛ لأنه وقَع الشكُّ في ثبوتِ المحلِّيةِ في الولدِ، فلم تَصِحَّ الهِبَةُ لعدمِ المحلِّيةِ، لا لمانعٍ وَقْتَ العقدِ مع قيامِ المحلِّيةِ.

فأَمَّا ههنا: الصُّوفُ[٣] مالٌ قائمٌ مِن حيثُ الحقيقةُ، إلا أنه وصْفٌ حالةَ إضافةِ الهِبةِ، ويَصِيرُ أصلًا حالةَ القبضِ معَ بقاءِ الماليَّةِ فيه، والعبرةُ بحالِ القبضِ بخلافِ البَيْعِ؛ لأن البَيْعَ يُوجِبُ المِلْكَ بنفسِه، وحالُ ما يُوجِبُ المِلْكَ بنفسِه هو وصْفٌ، والوصفُ مما لا يقْبلُ التمليكَ مقصودًا، فلهذا لَمْ يَجُزْ، وفي بابِ الهِبَةِ يَقَعُ المِلْكُ بالقبضِ، وحالةُ القبضِ أصلٌ ليس بوصْفٍ.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤].

(٢) وقع بالأصل: «في مسألة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «الصفوف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

ووجهُ ما ذكَر في آخرِ البابِ أنه لا يَجُوزُ قياسًا واستحسانًا: أن الصُّوفَ واللَّبَنَ إنْ كان يَصِيرُ أصلًا، إلا أنه كان وصْفًا حالةَ الهِبَةِ، والوصفُ [٤٦٦/٢و] ليس بمحلٍّ لإضافةِ التمليكِ إليه مقصودًا، ولهذا لم يَجُزْ إضافةُ البَيْعِ إليه، وإذا لم يَصْلُحْ محلًّا لِلْهِبَةِ؛ لغَتِ الهِبَةُ أصلًا، كما تلْغُو لو أُضِيفَتْ إلىٰ الولدِ في البطنِ.

بخلافِ الشَّائعِ؛ لأن الشَّائعَ محلٌّ لإضافةِ التمليكِ إليه للحالِ مقصودًا، أَلَا تَرىٰ أنه لو باع جاز، فكذا يَصِحُّ محلًّا لإضافةِ الهِبةِ إليه، إلا أنه شُرِطَ الإفرازُ ليزولَ النُّقْصَانُ عن القبضِ [٢٦٨/٦و/م] بعدَما كان مضافًا إلىٰ محلِّه.

ووجهُ القياسِ لمنْ يَقُولُ: إن في المسألةِ روايةً واحدةً يَجُوزُ استحسانًا، ولا يَجُوزُ قياسًا، والذي ذُكِرَ في آخرِ البابِ جوابُ القياسِ: أنه أضاف الهِبَةَ إلىٰ غيرِ محلِّه فلا يَجُوزُ، كما لو أضاف إلىٰ الولدِ، وذلك لأنه أضاف إلىٰ الوصْفِ؛ لأن الصُّوفَ واللَّبَنَ ما دام مُتَّصِلًا بالشاةِ بمنزلةِ وصْفٍ مِن أوصافِ الشاةِ، والوصفُ ليس بمحلٍّ لإضافةِ التمليكِ إليه مقصودًا، كما لو أضاف إلىٰ يدِها ورِجْلِها.

ووجهُ الاستحسانِ: أن هذه هِبةٌ صدرَتْ مِن أهْلِه مضافًا إلىٰ محلِّها؛ لأن محلَّها مالٌ قائمٌ مملوكٌ للوَاهِبِ، والصُّوفُ واللَّبَنُ مالٌ قائمٌ مملوكٌ للوَاهِبِ وَقْتَ العقدِ والقبضِ جميعًا، وقد وُجِدَ إضافةُ الهِبةِ إليه، فصَحَّتِ الهِبةُ، إلا أنه مُتَّصِلٌ بغيرِه، فكان بمعنىٰ الشَّائعِ، فإذا أمَره بالقبضِ، وقد زال الاتِّصالُ بما ليس بموهوبٍ وَقْتَ القبضِ؛ صحَّتْ كما في الشَّائعِ، بخلافِ الولدِ؛ لأنه وقَع الشكُّ في وجودِه[١]، ووقع الشكُّ في وجودِ الماليَّةِ فيه بعدَ الوجودِ[١]، وفي الأصلِ لم يَكُنْ محلًّا؛ لأنه كان ماءً مَهِينًا، فلا يَصِيرُ محلًّا بالشكِّ، وبخلافِ اليدِ والرِّجْلِ؛

---

(١) لأنه يحتمل أن يكون رِيحًا.

. . . .

لأنه إنْ كان مالًا قائمًا حالةَ الاتِّصالِ؛ لا يَبْقَى مالًا بعدَ الانفصالِ، وقيامُ الماليَّةِ يُعْتَبرُ وَقْتَ العقدِ والقبضِ جميعًا.

فإنْ قيل: إنِ استقام هذا في الصُّوفِ، لا يَسْتَقِيمُ في اللَّبَنِ؛ لأن وجودَه على خطَرٍ قد يَكُونُ للانتفاخِ بسببِ الرِّيحِ، أوْ بسببِ الدَّمِ، أوْ بسببِ اللَّبَنِ، فقد وقَع الشكُّ في وجودِ اللَّبَنِ وفي وجودِ الماليَّةِ، ومعَ هذا جازتِ الماليَّةُ استحسانًا متى أمَرَه بالقبضِ.

فالجوابُ عنه: أن الانتفاخَ للرِّيحِ محتَملٌ، وللَّبَنِ محتملٌ، فاستوى الوجودُ معَ العدمِ، ثم تَرجَّحَ جانبُ الوجودِ؛ لأن إمكانَ التعرُّفِ في الحالِ في وُسْعِها، بخلافِ الولدِ، فإن الوجودَ والعدمَ استوَيا في الولدِ، ولم يترجَّحْ جانبُ الوجودِ؛ لأن التعرُّفَ غيرُ مُمْكِنٍ، وإذا لم يَتَرجَّحِ الوجودُ لم تَثْبُتِ المحلِّيَّةُ، ولم يَكُنْ ثابتًا مِنَ الأصلِ بالشكِّ.

وكذلك إذا وهَب الزرعَ في الأرضِ، وثمَر النخلَ والشجَرَ، فإنه يَجُوزُ إذا أمَرَه بالقبضِ؛ لأنه لو باع هذه الأشياءَ جاز، فكذا الهِبَةُ. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ [٦/٢٦٨ظ/م] بخُوَاهَرْ زَادَه.

وذكرَ شيخُ الإسلامِ [خُوَاهَرْ زَادَه](١) أيضًا في «مبسوطه» ـ في بابِ الهِبَةِ فيما لا يَجُوزُ ـ قال: «إذا وهَب الحِمْلَ على الدَّابَّةِ، وسلَّمَ معَ الدَّابَّةِ كذلك؛ فإنه يَجُوزُ، ولو وهَب الدَّابَّةَ وعليها حِمْلٌ وسلَّمَ كذلك؛ فإنه لا يَجُوزُ».

وقال: إذا وهَب الماءَ في قُمْقُمةٍ، وسلَّمَ معَ القُمْقُمةِ، فإنه يَجُوزُ، وإذا وهبَ القُمْقُمةَ وفيها ماؤُه؛ لَمْ يَجُزْ، والهِبَةُ متَّصِلَةٌ بمِلْكِه في الفصولِ كلِّها، والفصلُ

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

مُمْكِنٌ، ثم أجاز الهِبَةَ في البعضِ، ولم يُجَوِّزْ في البعضِ؛ لأنَّ الاتِّصالَ بينَ الهِبَةِ ومِلْكِه اتِّصالُ مجاورةٍ، لا اتِّصالُ خِلْقةٍ، ومتىٰ كان الاتِّصالُ اتِّصالَ مجاوَرةٍ، لا اتِّصالَ خِلْقةٍ لا يَمْتَنِعُ الجوازُ بسببِ الاتِّصالِ، وإنما يَمْتَنِعُ إذا بقِيَ له يدُ الاستعمالِ علىٰ الهِبةِ بعدَ التسليمِ، إذا كان مشغولًا بحقِّه، فإذا وهَب الدَّابَّةَ وعليها لِجَامٌ وسلَّم [٤٦٦/٢ظ] جاز؛ لأنه غيرُ مستَعْمِلٍ للدَّابَّةِ بسببِ اللِّجَامِ؛ لأن استعمالَ الدَّابَّةِ يتَحَقَّقُ بدونِ اللِّجَامِ.

ولو وهبَ اللِّجَامَ علىٰ الدَّابَّةِ لَمْ يَجُزْ؛ لأن اللِّجَامَ ما دامَ علىٰ الدَّابَّةِ، فهو مستعْمِلٌ للِّجَامِ؛ لأن استعمالَ اللِّجَامِ إنما يَكُونُ للدَّابَّةِ، فما دام علىٰ دابَّتِه؛ فهو مستعْمِلٌ لِلْهِبَةِ.

وكذلك إذا وهَب الحِمْلَ علىٰ الدَّابَّةِ، وسلَّمَ معَ الدَّابَّةِ يَجُوزُ؛ لأنه لا يَكُونُ مُستعْمِلًا للحِمْلِ لكونِه علىٰ دابَّتِه؛ لأنَّ الحِمْلَ إنما يُوضَعُ علىٰ الدَّابَّةِ لِتَصِيرَ الدَّابَّةُ مُستعملًا بالحِمْلِ لا الحِمْلِ، وإذا وهبَ الدَّابَّةَ وعليها حِمْلٌ؛ فإنه لا يَجُوزُ، فإنه مُستعْمِلٌ للدَّابَّة بِحِمْلِه، وإذا وهبَ الماءَ في القُمْقُمةِ يَجُوزُ؛ لأنه لا يَكُونُ مُستَعْمِلًا للماءِ بالقُمْقُمةِ؛ لأنَّ الماءَ إنَّما يُجعَلُ في القُمْقُمةِ لتصيرَ القُمْقُمةُ مُستعملةً بالماءِ، لا الماء.

ولو وهَب القُمْقُمةَ لَمْ يَجُزْ؛ لأنه مستعْمِلٌ للقُمْقُمةِ بالماءِ، لأنَّ الماءَ يُوضَعُ في القُمْقُمةِ لِتَصيرَ القُمْقُمةُ مستعْمَلةً به، فعلىٰ هذا قالُوا: إذا وهَب حِنْطَةً في جُوَالِقَ وسَلَّمَ معَ الجُوَالِقِ فإنه يَجُوزُ؛ لأنه غيرُ مستعْمِلٍ للحِنْطَةِ بالجُوَالِقِ؛ لأن وَضْعَ الحِنْطَةِ في الجُوَالِقِ لا يَكُونُ استعمالًا للحِنْطَةِ.

ولو وهبَ الجُوَالِقَ وفيها حِنْطَةٌ لَمْ يَجُزْ؛ لأنه مستَعْمِلٌ للجُوَالِقِ بِحِنْطَةٍ؛ لأن

قال: وإذا كانت العَيْنُ في يدِ المَوْهُوبِ لهُ ملكها بالهبة، وإنْ لمْ يُجدِّدْ فِيها قَبضًا؛ لِأَنَّ العَيْنَ فِي قَبْضِهِ وَالقَبْضُ هُوَ الشَّرْطُ، بِخِلافِ مَا إِذَا بَاعَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي البَيْعِ مَضْمُونٌ فَلَا يَنُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الأَمَانَةِ، أَمَّا قَبْضُ الهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ فَيَنُوبُ عَنْهُ.

غاية البيان

الحِنْطَةَ إنما تُوضَعُ في الجُوَالِقِ لتصيرَ الجُوَالِقُ مُستعملًا به، فعلى هذا الأصلِ تدُورُ جملةُ هذه المسائلِ.

قولُه: ([قَالَ][١]: وَإِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ فِي يَدِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالْهِبَةِ، وَ[إِنْ][٢] لَمْ [٦/٢٦٩و/م] يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٣].

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإذا وهَب له وَدِيعَةً في يدِه، أو عَارِيَّةً أوْ ما هو أمانةٌ في يدِه، وقَبِلَ ذلك؛ ملكَ الهِبَةَ وصحَّ قبْضُه لهذا بكونِها في يدِه بعدَ العقدِ عليها، وكذلك إنْ كانت مَضْمُونَةً بيدِه بقيمَتِها أوْ بمِثْلِها؛ كان كذلك أيضًا.

وإنْ كانت مَضْمُونَةً بغيرِها مِثْلَ الرَّهْنِ؛ يَكُونُ مَضْمُونًا بالدَّيْنِ أو المَبِيعِ؛ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالثَّمَنِ، فوهبَ المالكُ ذلك لمنْ هو في يدِه، فإنه لا يَكُونُ قابضًا بكونِ[٤] ذلك في يدِه، إلا أنْ يَقْبِضَه قبْضًا مُسْتأنفًا بعدَ عَقْدِ الهبةِ»[٥]. إلى هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ.

والأصلُ في ذلك: أن العينَ الموهوبةَ إذا كانت في يدِ المَوْهُوبِ له أمانةً،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].
(٤) وقع بالأصل: «يكون». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٥) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٠٦].

. . . .

كالوديعةِ والعَارِيَّةِ؛ ملَكَها بعَقْدِ الهِبَةِ مِن غيرِ تجديدِ قبْضٍ استحسانًا.

والقياسُ: ألَّا يَصِيرَ قابضًا حتَّىٰ يُخَلِّي بينَ نفسِه وبينَها(١).

وَجْهُ القياسِ: أن يدَ المُودَعِ يدُ المُودِعِ، فكأنه وهبَ له ما في يدِه، فلا بُدَّ فيه مِن قبْضٍ.

ووجهُ الاستحسانِ: أن الهِبةَ يَقِفُ صحَّتُها علىٰ مجرَّدِ القبضِ، فلا يَفْتَقِرُ إلىٰ قبْضٍ بصفةٍ، ومجرَّدُ القبضِ موجودٌ عَقِيبَ العقدِ، فصَحَّتِ الهِبةُ، ولا يُشْبِهُ هذا بَيْعَ الوَدِيعَةِ ممَّن هي في يدِه؛ لأن البَيْعَ يَقْتَضِي قبضًا مَضْمُونًا، وقبْضُ المُودَعِ عَقِيبَ العقدِ قَبْضُ أمانةٍ، فلا بُدَّ مِن تجديدِ قبضٍ آخرَ، وذلك لا يَكُونُ إلا بِالتَّخْلِيَةِ بينَه وبينَ الوَدِيعَةِ.

وأمَّا إذا كانتِ العينُ في يدِ المَوْهُوبِ له مَضْمُونَةً فهو علىٰ وجْهَيْنِ:

إنْ كانت مَضْمُونةً بمِثْلِها، أوْ بقيمَتِها؛ كالعينِ المَغْصُوبةِ والمَقْبُوضَةِ علىٰ وَجْهِ السَّوْمِ، فإنه يَمْلِكُه بالعقدِ، ولا يَحْتَاجُ إلىٰ تجديدِ قبْضٍ؛ وذلك لأن القبضَ الذي تَقْتَضِيه الهِبَةُ قد وُجِدَ وزيادةٌ، وهو الضَّمانُ، وذلك الضَّمانُ تَصِحُّ البَرَاءةُ منه.

أَلَا تَرىٰ أنه لو أبرأ الغَاصِبَ مِن ضَمانِ الغصبِ؛ جاز وسقَط، فصارتِ الهِبةُ بَرَاءَةً مِن الضَّمانِ، فبَقِيَ قبْضٌ مِن غيرِ ضَمانٍ، فتَصِحُّ الهِبةُ.

وإنْ كانتِ العينُ مَضْمُونةً بغيرِها كالمَبيعِ المَضْمُونِ بِالثَّمَنِ، وكَالرَّهْنِ المَضْمُونِ بالدَّينِ، فلا بدَّ من قبضٍ مستأنفٍ بعدَ عقدِ الهِبةِ، وهو أنْ يَرْجِعَ إلىٰ

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [١٦٥/٣]، «الفقه النافع» [١٠١٢/٣]، «بدائع الصنائع» [١٨١/٥]، «تبيين الحقائق» [٩٤/٥، ٩٥].

. . . .

الموضع [٢/٢٦٧و] الذي فيه العينُ، ويَمْضِي وقْتٌ يتَمَكَّنُ فيه مِن قَبْضِها، وذلك لأن العينَ وإنْ كانت في يدِه مَضْمُونةً، إلَّا أن هذا الضَّمانَ لا تَصِحُّ البَرَاءَةُ منه مع وجودِ [٦/٢٦٩ط/م] القبضِ المُوجِبِ له، فلَمْ تَكُنِ الهِبَةُ بَرَاءَةً.

وإذا كان كذلك؛ لم يَوجَدِ القبضُ المُسْتَحقُّ بِالْهِبةِ، فلَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِن تجديدِ قَبْضٍ آخرَ[١]. كذا في «**شرح الأقطع**».

وقال محمَّدٌ في «الأصل»: «أرأيتَ رَجُلًا استودَع أخاه عبْدًا، أو ثوبًا، أوْ متاعًا، أوْ دارًا أو دَابَّةً، ثم قال صاحبُ المتَاعِ والدَّابَّةِ والعبدِ قد وهبْتُ لك الذي استودعتُكَ، وهو في يدِ المُودَعِ، أَيَجُوزُ ذلك؟ قال: نعم إذا قال: قبِلْتُ»[٢].

قال شيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «قد شرطَ القبولَ هنا، وذكَر فيما لو وهَب عبدًا لأخيه، ثم قبَضه في المجلسِ، أوْ بعدَ المجلسِ، وكان أَمَرَه بالقبضِ نصًّا أنه يَصِحُّ، ولم يَشْتَرِطْ في ذلك قبولًا، وإنما كان كذلك؛ لأن في تلك المسألةِ العبدُ ليس في يدِ المَوْهُوبِ له حالةَ الهبةِ، وإذا لم يَكُنِ العبدُ في يدِ المَوْهُوبِ له؛ كان المَوْهُوبُ له محتاجًا إلى إحداثِ قَبْضٍ حتى يَمْلِكَ [الهِبَةَ][٣]، فمتى أقدَم على القبضِ؛ كان ذلك إقدامًا على القبولِ، ورضًا منه بوقوعِ المِلْكِ له فمَلَكَه.

وإنْ لم يوجَدِ القبولُ منه نَصًّا، أمَّا ههنا لا حاجةَ للمُودَعِ إلى القبضِ؛ لأن الهبةَ في يدِه، فمتى لم يَشْتَرِطِ القَبُولَ نصًّا بعدَ إيجابِ الوَاهِبِ يَقَعُ المِلْكُ له في الهِبَةِ بغيرِ رضاه؛ لأنه لا حاجةَ إلى القبضِ، ولا يَجُوزُ أنْ يَقَعَ المِلْكُ لِلمَوْهُوبِ له بغيرِ رضاه؛ لِمَا فيه مِن توَهُّمِ الضررِ».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٩٠ - ٣٩١].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٦٤/٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِذَا وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً؛ مَلَكَهَا الِابْنُ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ الْأَبِ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَة، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ مُودِعِهِ؛

وذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه أيضًا في «**مبسوطه**» قال: «وإنْ كان الموْهُوبُ له ساكنًا في دارٍ بأجْرٍ، أوْ عارِيَّةً، قال: نعم هذا جائزٌ؛ لأن قبْضَ الوَدِيعَةِ يَنُوبُ عن قبْضِ الهِبَةِ، فلَأَنْ يَنُوبَ قبْضُ الْإِجَارَةِ ـ وفي قبْضِ الْإِجَارَةِ زيادةُ ضَمَانٍ ليس في قبْضِ الوَدِيعَةِ ـ أَوْلَى.

قولُه: (وَإِذَا وَهَبَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً؛ مَلَكَهَا الِابْنُ بِالْعَقْدِ)، هذا لفظ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»(١)، وذلك لأن الأبَ يَلِي التصَرُّفَ الماليَّ على ولدِه الصغيرِ ما دام صغيرًا، فكذا يَلِي عليه في قبْضِ هِبتِه، فإذا وهبَه بنفسِه؛ نابَ قبْضُه مقامَ قبْضِ الولدِ، بخلافِ ما إذا كان الولدُ كبيرًا، فإنَّ قبْضَ الأبِ لا يَنُوبُ عن قبْضِه وإنْ كان في عيالِه.

وقال ابنُ أبي لَيْلَى: إنَّ قبْضَ الأبِ ينُوبُ عن قَبْضِه إذا كان في عيالِه. كذا ذكَر خُوَاهَرْ زَادَه.

وهذا بخلافِ ما إذا كان الشيءُ المَوْهُوبُ مرهونًا أوْ مغصوبًا أوْ مبِيعًا بيعًا فاسدًا؛ حيثُ لا [٦/٢٧٠و/م] تَجُوزُ الهِبةُ.

بيانُه: ما قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: «رَجلٌ رهَنَ عبْدَه مِن رَجُلٍ وسلَّمه إليه، ثم وهبَه مِن ابنِه الصغيرِ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لأن القبضَ شرْطٌ لتمامِ الهِبةِ، وقد فُقِد حقيقةً وتقديرًا؛ لأنَّا جعلْنا يدَ الأبِ فيما يهبُه لابنِه الصغيرِ بمنزلةِ يدِ الابنِ إذا كانتْ قائمةً، وههُنا اليدُ لِلمُرْتَهِنِ لا للرَّاهِنِ، فتعذَّر جعْلُها للابنِ، فانْعَدَمَ القبضُ الذي هو مُتمِّمٌ لِلْهِبةِ، فقلنا بالفسادِ،

---
(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٢٤].

لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ، بِخِلافِ مَا إِذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَالصَّدَقَةُ فِي هَذَا مِثْلَ الهِبَة، وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ [١٠٩/ط] فِي عِيَالِهَا وَالأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيَ لَهُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُه.

وكذلك لو كان العبدُ المَوْهُوبُ غصْبًا في يدِ رَجُلٍ، أوْ مقبوضًا لرَجُلٍ بحُكْمِ شراءٍ فاسدٍ؛ لأنه يُعْدِمُ اليدَ للوَاهبِ، فتنعَدِمُ يدُ الصغيرِ تقديرًا.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ، وَهُوَ فِي عِيَالِهَا، وَالْأَبُ مَيِّتٌ، وَلَا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذَا كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ.

يعني: تَتِمُّ الهِبةُ بمجرَّدِ العقدِ؛ لأن هؤلاء لهم أن يَقْبِضُوا الهِبةَ للصبيِّ، فكان قبْضُهُم كقَبْضِه، بخلافِ [٤٦٧/٢ظ] ما إذا كان الأبُ أوْ وصيُّه حيًّا؛ حيثُ يَشْتَرِطُ قبْضُه؛ لأن ولايةَ القبضِ له.

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإذا وهَب الأجنبيُّ للصغيرِ، فقبَضها له أبوه أوْ وَصِيُّ أبيهِ بعدَه أوْ جَدُّه أبو أبيهِ بعدَ أبيهِ، أوْ وصيُّه؛ جاز ذلك، وكذلك مَن غاب منهم غَيبةً منقطعةً؛ جاز قبْضُ الذي يَتْلُوه في الولايةِ، ولا يَجُوزُ قبْضُ غيرُ هؤلاء الأربعةِ معَ وجودِ أحدٍ منهم، كان الصبيُّ في عيالِ القابضِ، أوْ لم يَكُنْ، سواءٌ كان ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن الصبيِّ، أوْ كان أجنبيًّا.

فإذا لم يَكُنْ واحدٌ مِن هؤلاءِ الأربعةِ: قَبَضَ للصبيِّ مَن كان الصبيُّ في حِجْرِه وعيالِه، ولم يَجُزْ قَبْضُ مَن لم يَكُنِ الصبيُّ في عيالِه مِن ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ ولا غيرِه، وإنْ كان الصبيُّ يَعْقِلُ، ولم يبلُغْ بعْدَ، فقبضَ ما وُهِب له، وأحدُ الأربعةِ[1] حَيٌّ؛ جاز قبْضُه استحسانًا، والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ.

وكذلك الصبِيَّةُ إذا عقِلَتْ، وكان لها زوْجٌ قد دخَل بها فقبضَتْ، أوْ قبَضَ لها

(١) الأربعة: الأب والجد، ووصي الأب ووصي الجد. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

. . . .

زَوْجُها، جاز ذلك.

وكذلك إنْ قَبَضَ الأبُ في هذه الحالِ جاز على الصبيِّ والصبيَّةِ قَبْضُه، فإنْ قَبَضَ للصبيِّ غيرُ مَن هو في عيالِه مِن ذي الرَّحِمِ؛ لَمْ يَجُزْ، وإنْ كان أقربَ إلى الصبيِّ»(١). إلى هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره».

وقال الإمامُ الأَسبيجابيُّ في «شرح الطَّحَاويِّ»: «ثم المَوْهُوبُ له إذا كان مِن أهلِ القبضِ؛ فحقُّ القبضِ إليه، وإنْ [٦/٢٧٠ظ/م] كان المَوْهُوبُ [له](٢) صغيرًا أو مجنونًا؛ فحقُّ القبضِ إلى وليِّه، ووليُّه أبوه، أو وَصِيُّ أبيه، ثم جدُّه، ثم وَصِيُّ جدِّه، ثم وَصِيُّ وصيِّه، ثم القاضي ومَن نصَبَه القاضي، سواءٌ كان الصغيرُ في عيالِ هؤلاء، أو لم يَكُنْ.

وأمَّا الأُمُّ والأخُ والعمُّ وغيرُهم مِن ذي الرَّحمِ المَحْرَمِ، فإنْ لم يَكُنِ الصغيرُ في عيالِ واحدٍ مِن هؤلاء؛ فإنه لا يَجُوزُ قَبْضُ واحدٍ منهم، وإنْ كان الصغيرُ في عيالِ واحدٍ منهم؛ جاز قَبْضُه استحسانًا. **والقياسُ**: ألَّا يَجُوزَ.

وكذلك إنْ كانتِ الصغيرةُ زُفَّتْ إلى بيتِ زوْجِها، فوهبتْ لها هِبةً، فقبَضَها زوْجُها؛ يَجُوزُ استحسانًا.

ولو قَبَضَ الصغيرُ بنفسِه ـ وهو يعْقِلُ ـ جاز ذلك استحسانًا، ولو وهَبَ للصغيرِ أبوه؛ فالأبُ هو الذي يَقْبِضُ بنفسِه.

وكذلك كلُّ مَن كان له حقُّ القبضِ مِن الأولياءِ، وقبْضُه لذلك إعلامُه والإشهادُ عليه، فالإشهادُ للاستيثاقِ، ولو لم يَشْهَدْ جاز فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى»(٣). إلى هنا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٩٤].

. . . .

لفظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وقال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «الأصلُ في هذا البابِ: أنَّ قبضَ الأبِ يَجُوزُ على ولدِه الصغيرِ، سواءٌ كان في عيالِه أو لم يَكُنْ؛ لأنه يَلِي عليه في نفسِه ومالِه ما دام صغيرًا، سواءٌ كان في عيالِه، أو لم يَكُنْ، فكذا يلي عليه في قبضِ الهِبةِ.

وكذلك الجدُّ إذا كان الأبُ ميِّتًا؛ لأنه يَلِي عليه في نفسِه ومالِه بعدَ موتِ الأبِ ما دام صغيرًا، سواءٌ كان الصغيرُ في عيالِه، أو لم يَكُنْ، فكذا يلي عليه في قبضِ الهِبةِ في الحالَيْنِ.

فأمَّا الأخُ والعمُّ والجَدُّ ـ إذا كان الأبُ حيًّا ـ والأمُّ إذا قَبَضُوا الهِبةَ للصغيرِ: إن كان الصغيرُ في عيالِهم؛ جاز قبْضُهم عن الصغيرِ استحسانًا؛ لأنَّ للأجنبيِّ ذلك، إذا كان الصغيرُ في عيالِه حالَ عدمِ الأقاربِ، أوْ حالَ غَيبَتِهم غيبةً منقطعةً استحسانًا، فللأقاربِ أَوْلَى.

وإن لم يَكُنِ الصغيرُ في عيالِ هؤلاءِ؛ لا يَجُوزُ قبْضُهم؛ لأنه ليس لهؤلاء ولايةُ التصرُّفِ في مالِه، ومَن لا يَكُونُ له ولايةُ التصرُّفِ في المالِ على الصغيرِ؛ لا يَكُونُ له قبْضُ الهِبَةِ كالأجنبيِّ، هذا إذا كان الصغيرُ في عيالِهم والأبُ غائبٌ.

فأمَّا إذا كان [٢/٤٦٨و] **الأبُ حاضرًا والصبيُّ في عيالهم: هل يَصِحُّ قبْضُهُم الهِبةَ عن الصغيرِ أم لا؟**

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه: «لم يَذْكُرْ محمَّدٌ هذا الفصلَ نصًّا في الكتابِ ـ يَعْنِي: «المبسوط» ـ ولم يَقُلْ يَصِحُّ أوْ لا يَصِحُّ، إلا أنه ذكرَ في الأجنبيِّ إذا كان يَعُولُ اليتيمَ، وليس لهذا اليتيمِ أحدٌ ـ يعني: مِن الأقارب ـ إلا الرَّجُلَ الذي يَعُولُه؛

. . . .

فإن له أنْ يقبضَ [٦/٢٧١و/م] الهِبةَ عن الصغيرِ، فظاهرُ هذا الشرطِ يَقْتَضِي ألَّا يَصِحَّ قبْضُ الأجنبيِّ متىٰ كان لليتيمِ قريبٌ آخرُ حاضرٌ سوىٰ الأجنبيِّ، وإنْ كان الصغيرُ في عيالِ[1] الأجنبيِّ.

وذكَر في الجدِّ وقال[2]: لا يَصِحُّ قبْضُه عن الصغيرِ، إذا كان أبُ[3] الصغيرِ حيًّا، ولم يفْصِلْ بينَما إذا كان الصغيرُ في عيالِه أوْ لم يَكُنْ؛ فظاهرُ ما أطلقَ مِن الجوابِ: يَدُلُّ علىٰ أن الأبَ متىٰ كان حاضرًا؛ لا يَكُونُ للجَدِّ القبضُ وإنْ كان في عيالِه.

وذكَر في الأُمِّ: إذا قبضَتْ وهو في حِجْرِها وعيالِها، وليس له أبٌ ولا جَدٌّ أنه يَجُوزُ قبْضُها، فظاهرُ ما ذكَر مِن الشرطِ يَدُلُّ علىٰ أنه لا يَصِحُّ قبْضُها إذا كان للصغيرِ أبٌ حاضرٌ أوْ جَدٌّ حاضرٌ، وإنْ كان الصغيرُ في عيالِها.

وذكَر في الأخِ وقال: إن كان الأبُ غائبًا غَيْبةً منقطعةً، والصبيُّ في حَجْرِ أخيه وعيالِه، فوهَب للصبيِّ هِبةً، فقبَض الأخُ، قال: يَجُوزُ، فظاهرُ ما ذكَر يَدُلُّ علىٰ أنه لا يَجُوزُ قبْضُ الأخِ إذا كان الأبُ حاضرًا.

وذكَرَ أن مَن تزوَّج صغيرةً يُجامَعُ مِثْلُها، وهي في عيالِ الزوجِ، قال: إن قبَضَتْ هي أو الزوجُ أو الأبُ جاز القبضُ، فقد جعلَ للزوجِ حقَّ قبْضِ الهِبةِ عن الصغيرةِ وإنْ كان الأبُ حاضرًا، ولم يشْتَرِطْ لصحَّةِ قبْضِ الزوجِ عن امرأتِه غَيْبةَ الأبِ».

ثم قال خُوَاهَرْ زَادَه: «فمِنْ مشايخنا مِن سوَّىٰ بينَ الزوجِ وبينَ الأجنبيِّ والأُمِّ

---

(١) وقع بالأصل: «في حيال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «وقالا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) وقع بالأصل: «أبو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

والجدُّ والأخِ، وقالوا: يَجُوزُ قبْضُ هؤلاء عن الصغيرِ إذا كان في عيالِهم وإنْ كان الأبُ حاضرًا كما في الزوجِ، وما ذكَر مِن غَيْبَةِ الأبِ، وعدمِ قريبٍ آخرَ في الأجنبيِّ؛ خرَج اتِّفاقًا بناءً على الغالبِ، فإن الغالبَ أنَّ الصغيرَ إنما يَكُونُ في عيالِ هؤلاء حالَ فَقْدِ الأبِ، أوْ غَيْبَتِه غيبةً منقطعةً، والشرطُ إذا خرَج اتِّفاقًا لا يَكُونُ له عِبْرةٌ.

وذهبوا إلى أن حقَّ القبضِ إنما يَثْبُتُ للزوجِ إذا كان الأبُ حاضرًا؛ لكونِ الصغيرةِ في عيالِه، لا لولايةٍ تَثْبُتُ للزوجِ عليها في مالِها بسببِ النِّكَاحِ، وهذا المعنى موجودٌ في هؤلاء حالَ حَضْرةِ الأبِ، فيَكُونُ لهم ما للزوجِ.

ومنهم مَن فرَّق وقال: بأنَّ قبْضَ الزوجِ يَجُوزُ على امرأتِه الصغيرةِ إذا كانت في عيالِه في حالِ حضْرةِ الأبِ وحالِ غَيْبتِه، وفي الأجنبيِّ يَجُوزُ قبْضُه للصغيرِ حالَ عدمِ قريبٍ آخرَ للصغيرِ، وفيما ذكَر مِن الأقاربِ حقُّ القبضِ حالةَ غَيْبةِ الأبِ إذا كان الصغيرُ في عيالِهم، ولا يَكُونُ لهم القبضُ عن الصغيرِ حالَ حضْرةِ الأبِ.

وذهبوا في ذلك إلى أن سببَ ثُبوتِ ولايةِ القبضِ لغيرِ الأبِ كونُ الصغيرِ في عيالِه، وقد تحقَّق هذا السببُ مِن كلِّ وَجْهٍ في حقِّ [٢٧١/٦ظ/م] الزوجِ حالَ حضْرةِ الأبِ، كما تحقَّق حالَ غَيْبتِه؛ لأنه ليس للأبِ انتزاعُ الصغيرةِ مِن الزوجِ، وإذا لم يَكُنْ له انتزاعُ الصغيرةِ مِن الأبِ حالَ حَضْرتِه؛ صار حَضْرتُه كغَيْبتِه، وكان سببُ ولايةِ القبضِ عن الصغيرةِ مُسْتحقًّا للزوجِ، فأمَّا في غيرِ الزوجِ ما دام الأبُ حاضرًا؛ فله أنْ يَنْزِعَ الصغيرَ مِن الأخِ والجدِّ والعمِّ، ولقريبٍ آخرَ أنْ ينْزِعَ مِن الأجنبيِّ.

وإذا كان للغيرِ حقُّ الانتزاعِ لم يَسْتَقِرَّ لهؤلاء سببُ ولايةِ القبضِ عن الصغيرِ؛ لأن سببَ ولايةِ القبضِ كونُ الصغيرِ في عيالِهم، وهذا غيرُ مستقِرٍّ حالَ حضْرةِ

. . . .

الأبِ، وغيرُ المستقرِّ ثابتٌ مِن وجهٍ [٤٦٨/٢ظ] غيرُ ثابتٍ مِن وجهٍ، وولايةُ القبضِ لهؤلاء لم تَكُنْ ثابتًا، فلا يَثْبُتُ بسببٍ هو ثابتٌ مِن وجهٍ غيرُ ثابتٍ مِن وجهٍ.

فإن قيل: ما ذكرْتُم مِن الفرقِ يُشْكِلُ بالأُمِّ، فإنه شرْطٌ في الأمِّ لصحَّةِ قبْضِ الأُمِّ عن الصغيرِ ألَّا يَكُونَ للصغيرِ أبٌ ولا جدٌّ، ومتى كان الأبُ حاضرًا لا يَمْلِكُ الانتزاعَ منها، فكان يَجِبُ أن يَكُونَ الجوابُ في الأمِّ كالجوابِ في الزوجِ.

فالجوابُ عنه: أن سببَ ثبوتِ الولايةِ لها إنْ كملَ مِن حيثُ إن الصغيرَ في عيالِها، وليس لأحدٍ حقُّ انتزاعِ هذا الصغيرِ منها، إلا أنه تمَكَّنَ في جانبِها نقصانٌ آخرِ في الولايةِ، وهو نقصانُ العقلِ، ولا بُدَّ لثبوتِ ولايةِ القبضِ لإنسانٍ بعدَما كان الصغيرُ في عيالِه مِن العقلِ، فإن الصغيرَ إذا كان في عيالِ[1] مجنونٍ؛ لا يَكُونُ لمجنونٍ أنْ يَقْبِضَ الهِبةَ عن الصغيرِ، وقد تَمَكَّنَ في عَقْلِها نقصانٌ، فنَزل تمَكُّنُ النُّقْصَانِ في العقلِ بمنزلةِ نقصانِ تمَكُّنٍ في كونِ الصغيرِ في عيالِه، بأنْ كان للغيرِ حقُّ الانتزاعِ منه، فلو تَمَكَّنَ في هذا نقصانٌ؛ لَمْ يَجُزِ القبضُ عن الصغيرِ حالَ حَضْرةِ الأبِ، فكذلك في الأمِّ».

وقال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه أيضًا: «ثم في قَبْضِ الأجنبيِّ إذا كان الصغيرُ في عيالِه، وليس له أحدٌ مِن الأقاربِ، وقبْضِ الأخِ إذا كان الصغيرُ في عيالِه، والأبُ غائِبٌ غَيْبةً منقطعةً، وقَبْضُ الصغيرِ بنفسِه، وهو ممنْ يَعْقِلُ قياسٌ واستحسانٌ: **القياسُ**: ألَّا يَصِحَّ، وفي **الاستحسانِ**: يَصِحُّ.

وجهُ القياسِ: أن القبضَ تصَرُّفٌ ماليٌّ يتردَّدُ بينَ النفعِ والضررِ؛ لأنه ربَّما تكونُ الهِبَةُ بحالٍ لا تُساوِئ بنفقَتِه، فتكُونُ الهِبَةُ في هذه الحالةِ ضررًا لا نفعًا، وكلُّ

---

(١) وقع بالأصل: «عياله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

تَصَرُّفٍ مالِيٍّ يتردَّدُ بينَ النفعِ والضررِ؛ فإنه لا يَصِحُّ إلا ممنْ له ولايةُ التصَرُّفِ على الصغيرِ في [٦/٢٧٢و/م] مالِه، وليس لهؤلاء ولايةُ التصَرُّفِ في مالِ الصغيرِ، وإنْ كان الصغيرُ في عيالِهم، فيَجِبُ ألَّا يَكُونَ لهم ولايةُ القبضِ على الصغيرِ.

والدليلُ عليه: ما إذا لم يَكُنِ الصغيرُ في عيالِهم؛ لا يَصِحُّ قبْضُهم عن الصغيرِ؛ لأنه ليس لهم ولايةُ التصَرُّفِ في مالِه، فكذا إذا كان الصغيرُ في عيالِهم، والصبيُّ المحجورُ وإنْ عَقِلَ لا يَصِحُّ منه تصَرُّفٌ مالِيٌّ يتردَّدُ بينَ الضررِ والنفعِ إلا بإذْنِ الوليِّ؛ كَالبَيْعِ والشراءِ، فكذا يَجِبُ ألَّا يَصِحَّ قبْضُ الهِبَةِ منه.

ووجهُ الاستحسانِ: أن المَنْفَعَةَ أصلٌ في الهِبةِ؛ لأنه تمليكُ مالٍ بغيرِ عِوَضٍ، وهذا في نفسِه مَنْفَعَةٌ، والضررُ موهومٌ مشْكوكٌ فيه، ولو كان الضررُ منفِيًّا بيقينٍ عن تصَرُّفِ هؤلاء صحَّ، كما في قضاءِ الدَّيْنِ صحَّ مِن الأجنبيِّ في حقِّ الصغيرِ ومِن[1] غيرِ الأبِ.

وإنْ لم يَكُنِ الصغيرُ في عيالِهم، وإنْ لم يَكُنِ[2] الضررُ ثابتًا بيقينٍ، وزوالُه مشكوكٌ فيه بدخولِ ما يُماثلُه في مِلْكِه، كما في البَيْعِ؛ كان لا يَثْبُتُ لمنْ ليس له ولايةٌ على الصغيرِ في مالِه، سواءٌ كان الصغيرُ في عيالِه، أو لم يَكُنْ في عيالِه.

فإذا كانتِ المَنْفَعَةُ أصلًا والضررُ موهومًا؛ أثبتْنا ولايةَ قبْضِ الهِبةِ عن الصغيرِ ممنْ له ولايةُ تربيةِ الصغيرِ وتحْضِينِه، بأنْ كان الصغيرُ في عيالِه اعتبارًا بجانبِ المَنْفَعَةِ، ولا يَصِحُّ ممنْ ليس له ولايةُ التربيةِ والتحْضِينِ أصلًا، ولا ولايةُ التصَرُّفِ في مالِه اعتبارًا بجانبِ الضررِ».

---

(١) وقع بالأصل: «ومن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «ولو كان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً ؛ تَمَّتْ بِقَبْضِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ الدَّائِرَ بَيْنَ النَّافِعِ وَالضَّائِرِ فَأَوْلَى أَنْ يَمْلِكَ الْمَنَافِعَ.

وَإِنْ وُهِبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةٌ ؛ يَقْبِضُهَا لَهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ وَصِيّ الأَبِ أَوْ جَدّ الْيَتِيمِ أَوْ وَصِيُّه ؛ لِأَنَّ لِهَؤُلَاءِ وِلَايَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الأَبِ.

وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ ؛ لِأَنَّ لَهَا الوِلَايَةَ فِيْمَا يَرْجِعُ إِلَى حِفْظِهِ وَحِفْظِ مَالِهِ، وَهَذَا مِنْ بَابِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى إِلَّا بِالمَالِ فَلَا بُدَّ مِنْ وِلَايَةِ التَّحْصِيلِ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً ؛ تَمَّتْ بِقَبْضِ الْأَبِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[(١)]، وذلك لأن الأبَ يَمْلِكُ على الصغيرِ ما كان متردِّدًا بينَ النفعِ والضررِ ؛ كَالبَيْعِ والشراءِ، فلَأَنْ يَمْلِكَ ما كان نفعًا محضًا، كَالهِبةِ والصَّدَقَةِ [٤٦٩/٢و] بالطريقِ الأَوْلَى.

قولُه: (وَإِنْ وُهِبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةٌ ؛ يَقْبِضُهَا لَهُ وَلِيُّهُ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ[(٢)]، وذلك لأن الهِبةَ للصبيِّ حقٌّ مِن حقوقِه، والولايةُ في جميعِ حقوقِه لولِيِّه، فكذا في هذا الحقِّ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ووليُّه أبوه أوْ وَصِيُّ أبيه، ثم جَدُّه، [ثم وَصِيُّ جَدِّه][(٣)]، ثم وَصِيُّ وصِيِّه، ثم القاضي، ومَن نَصَبه القاضي، سواءٌ كان الصغيرُ في عيالِ هؤلاء، أو لم يَكُنْ. وقد مَرَّ بيانُه قبلَ هذا»[(٤)].

قولُه: (وَإِنْ كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٩٤].

وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ ؛ لِأَن لَهُ عَلَيْهِ يَدًا مُعْتَبَرَةً . أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ أَجْنَبِيٌّ آخَرُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفْعًا فِي حَقِّهِ.

وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الهِبَة بِنَفْسِهِ جَازَ ، مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ عَاقِلًا ؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ.......................................

غاية البيان

«مختصره» ، وتمامُه فيه: «وكذلك إنْ كان في حِجْرِ أجنبيٍّ يُرَبِّيهِ»(١) ، وذلك لأنَّ مَن يَعُولُه له ضرْبٌ مِن الولايةِ ؛ بدليلِ أنه يُؤَدِّبُه ويُسَلِّمُه إلىٰ الصناعةِ ، فجاز قبْضُه له ؛ إذْ هو نفْعٌ محْضٌ ، فمَلَكه مَن هو في عيالِه ، ولا يَجُوزُ قبْضُ مَن لا يَعُولُه [٦/٢٧٢ظ/م] ممنْ لا ولايةَ له ، وإنْ كان ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه ؛ لعدمِ الولايةِ.

يُقَالُ: فلانٌ في حِجْرِ فلانٍ ، أي: في كنَفِه وترْبيتِه.

قولُه: (وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الْهِبَةَ بِنَفْسِهِ جَازَ) ، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ أيضًا في «مختصره»(٢) ، وذلك لأن المسلمين في جميعِ الأعصارِ جَوَّزُوا مِن غيرِ نكيرٍ قبْضَ الصغارُ إذا تُصُدِّق عليهم ، أوْ وُهِب لهم ، فدلَّ علىٰ أن قَبْضَهُم صحيحٌ ، ولأن للصبيِّ يدًا صحيحةً ، ولهذا لا يَجُوزُ لأحدٍ انتزاعُ ما في يدِه بلا بَيِّنَةٍ(٣) كالبالغِ ، فصحَّ قَبْضُه ، وقبْضُ الصغيرِ إذا كان يعْقِلُ في حالِ حياةِ أبيه أوْ جَدِّه ، جائزٌ استحسانًا لا قياسًا ، وقد مَرَّ قبلَ هذا.

وجهُ القياسِ: أنه لا ولايةَ له علىٰ نفسِه ، فيَنْبَغِي ألَّا يَصِحَّ قبْضُه لِلْهِبةِ ، كما لا يَصِحُّ قبْضُه للمَبِيعِ.

ووجهُ الاستحسانِ: أن في قَبْضِ الهِبَةِ نفْعًا محْضًا بلا ضررٍ ؛ لأنه يتمَلَّكُه بلا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٢٤].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) وقع بالأصل: «بلا بيعه». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

وَفِيمَا وُهِبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ لِتَفْوِيضِ الأَبِ أُمُورَهَا إِلَيْهِ دَلَالَةً، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزِّفَافِ وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بِخِلَافِ الْأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا[(١)] غَيْرَهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ غَيْبَتُهُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ هَؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ لَا بِتَفْوِيضِ الأَبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لَا ضَرُورَةَ.

غاية البيان

عِوَضٍ، فيَصحُّ قَبْضُه، كما يَصحُّ قَبْضُ مَن يَعُولُه.

قولُه: (وَفِيمَا وُهِبَ لِلصَّغِيرَةِ يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ)، ذكَر هذا تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، وقد مَرَّ البيانُ مُسْتَوْفًى قبْلُ.

قولُه: (وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الْأَبِ، بِخِلَافِ الْأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا[(٢)]).

وفي بعضِ النُّسَخِ: «مَن يَعُولُه»[(٣)]، أي: يَمْلِكُ الزوجُ قبْضَ ما وُهِبَ لزَوْجَتِه الصغيرةِ بعدَ الزفافِ معَ حضورِ الأبِ، ولا تمْلِكُ الأمُّ، وكلُّ مَن يَعُولُ الصغيرَ معَ حضورِ الأبِ، والفرقُ مضى قبلَ هذا.

وقال بعضُ مشايخنا: يَجُوزُ لهم أيضًا: أن يَقْبِضُوا الهِبةَ للصغيرِ إذا كان في

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: يعوله».

(٢) وهذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٣/٢٢٤]. وهو المثْبت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق١١٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، في نسخة البَايسُوني من «الهداية» [ق/٢٥٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْدي (المقروءة على أكمل الدين البابرتي) من «الهداية» [ق/٢٢٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٣) وهذا هو المثبت في نسخة الأَرْزَكاني مِن «الهداية» [٢/ق١٠٧/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة القاسمِيّ مِن «الهداية» [ق/٢٢١/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطموني مِن «الهداية» [٢/ق١٠٦/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وأشار إليه المؤلفُ والشَّهْرَكَنْدي في حاشية نسختهما.

قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دارًا جَازَ؛ لِأَنَّهُمَا سَلَّمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلَا شُيُوعَ.

غاية البيان

عيالِهم كالزوجِ، وعنه احترزَ في المتنِ بقولِه: (فِي الصَّحِيحِ)، وقد مَرَّ الوجهُ فيه قبلَ هذا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دارًا جَازَ)، أي: قال القُدُوريُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ وهبَها واحدٌ مِن اثنينِ لم يَصِحَّ عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: يَصِحُّ»[1].

وقال في «الجامع الصغير» فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في الرَّجُلِ يتصَدَّقُ على الرَّجُلَيْنِ المحتاجَيْنِ بعشرةِ دراهمَ، قال: جائزٌ، فلو تصَدَّقَ على غَنِيَّيْنِ لم يَجُزْ، وإنْ وهَبَ لمسْكِينَيْنِ عشرةَ دراهمَ على وَجْهِ الصَّدَقَةِ؛ فهو جائزٌ، ولا يَجُوزُ ذلك للغَنِيَّيْنِ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٍ: يَجُوزُ ذلك كلُّه للغَنِيَّيْنِ والمحتاجَيْنِ[2]»[3]. إلى هنا لفْظُ أصلِ «الجامع الصغير».

وحاصلُ هذا: أنه أجاز الصَّدقةَ مِن اثنيْنِ، ولم يُجِزِ الهِبَةَ مِن اثنيْنِ، ولكنه جعلَ الهِبَةَ عبارةً عن الصَّدَقَةِ إذا وهَب للفقِيريْنِ، وجعَل الصَّدَقَةَ عبارةً عن الهِبَةِ إذا تصَدَّق على غَنِيَّيْنِ مجازًا؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما تمليكٌ بلا عِوَضٍ، وفرقَ في الحُكْمِ بينَ الهِبَةِ والصَّدقةِ في «الجامع الصغير».

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٢٤]، «الاختيار» [٥٠/٣]، «تبيين الحقائق» [٩٦/٥]، «الجوهرة النيرة» [٣٢٨/١]، «البناية» [١٨٠/١٠]، «درر الحكام» [٢٢١/٢]، «البحر الرائق» [٢٨٩/٧]، «مجمع الأنهر» [٣٥٩/٢]، «الدر المختار» [٦٩٧/٥]، «اللباب» [١٧٤/٢].

(٢) وقع بالأصل: «المحتاجين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٧].

وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنِ اثْنَيْنِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَصِحُّ؛ لِأَنَّ هَذِهِ هِبَةُ الجُمْلَةِ مِنْهُمَا، إِذْ التَّمْلِيكُ وَاحِدٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ.

﴿ غاية البيان ﴾

وفي «الأصل»: سوَّىٰ بينَهما فقال في كتابِ الهِبةِ عَقِيبَ الهِبةِ فيما يَنْقَسِمُ مِن اثنينِ: «وكذلك الصَّدَقةُ»(١).

ونقَلَ [٦/٢٧٣و/م] صاحبُ «الأجناس» عن «الأصل»(٢): «إذا وهَب رَجُلانِ دارًا مِن رَجُلٍ؛ جازَ في قولِهم، ولو وهَب رجلٌ مِن [٢/٤٦٩ظ] رَجُلين دارًا؛ لم يَجُزْ في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: جاز.

وفي الرَّهْنِ مِن رَجُليْنِ جاز في قولِهم جميعًا، وكذلك في الْإِجَارَةِ جاز من رَجُلين.

وإذا وُجِدَ شِياعُ الدارِ في الطرفيْنِ، لا يَجُوزُ عندَ أصحابِنا، كمَنْ وهبَ نصفَ دارٍ مِن رَجُلٍ وسَلَّمها إليه، ثم وهبَ النصفَ الآخرَ مِن رَجُلٍ آخرَ وسَلَّمها؛ لم يَجُزْ في قولِهم.

ولو لم يُسَلِّمْها إليه حتىٰ وهَب النصفَ الآخرَ مِن رَجُلٍ، ثم سَلَّمَها إليهما، فإن عندَ أبي حنيفةَ لا يَجُوزُ.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ: جاز»(٣). إلىٰ هنا لفْظُ «الأجناس».

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «ولو وهَب دارًا لرَجُليْنِ، أَوْ كُرَّ طعامٍ، أَوْ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٧٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: المصدر السابق [٣/٣٦٦].

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٥٣٠].

وَلَهُ أَنَّ هَذَا هِبَةُ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِهَذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ، وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ لِكلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُهُ، وَعَلَىٰ هَذَا الاعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الحَبْسُ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَلًا، وَلِهَذَا لَوْ قَضَىٰ دَيْنَ أَحَدُهُمَا لَا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِنَ الرَّهْنِ.

غاية البيان

ألفَ درهمٍ، أوْ شيئًا مما يُكالُ، أوْ يُوزَنُ، أوْ يُقْسَمُ لرَجُلَيْنِ، وأقبَضَهما ذلك؛ لَمْ تَجُزِ الهِبَةُ عندَ أبي حنيفةَ، وهي جائزةٌ عندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ.

ولو قسمَ ذلك قبلَ القبضِ، وسلَّم إلىٰ كلِّ واحدٍ منهما حِصَّتَه مَقْسُومةً؛ جاز ذلك، وإنْ وهبَ عبدًا، أوْ ثوبًا لرَجُلَيْنِ، أوْ شيئًا مما لا يُقْسَمُ؛ جاز ذلك في قولِهم جميعًا، ولو وهبَ رَجُلان دارًا بينَهما لرَجُلٍ، وسَلَّمَاها إليهم؛ جاز ذلك في قولِهم جميعًا»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «**مختصره**».

ثم اعلم: أن هِبةَ ما يَنْقَسِمُ لا تَجُوزُ لاثنيْنِ عندَ أبي حنيفةَ باتِّفاقِ الرواياتِ، أمَّا الصَّدقةُ فيه لاثنيْنِ: تَجُوزُ علىٰ روايةِ «**الجامع الصغير**» عندَ أبي حنيفةَ، ولا تَجُوزُ علىٰ روايةِ «**الأصل**» كَالهِبةِ؛ لأنه أبطلَ الهِبَةَ فيما يَنْقَسِمُ منِ اثنين عندَه، ثم قال: «وكذلك الصَّدقةُ»[2].

وجهُ قولِهما: أن الشُّيُوعَ حصَل في أحدِ طرفَيِ العقدِ، فلَمْ يَمْنَعْ صحَّةَ العقدِ كما إذا وهبَ الإثنان من واحدٍ.

تحقيقُه: أن المانعَ مِن الصحَّةِ هو الشُّيُوعُ وقد فُقِدَ؛ لأن قضيَّةَ هذا العقدِ ثبوتُ المِلْكِ لهما دفعةً واحدةً، ثم تفرُّقُه بعدَ ذلك لتَفرُّقِ أبدانِهما، فلا يَظْهَرُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٥].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٧٢/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَىٰ مُحْتَاجِيْنَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا جَازَ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَىٰ غَنِيَّيْنِ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَقَالَا: يَجُوزُ لِلْغَنِيَّيْنِ أَيْضًا جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا [١١٠/و] مَجَازًا عَنِ الآخَرِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ

غاية البيان

الشُّيُوعُ في حُكْمِ العقدِ، كما لو رهَنَ مِن رَجُلين أوْ آجَر.

ولأبي حنيفةَ: أن المِلْكَ في الهِبَةِ [يَقَعُ][1] بالقبضِ، والشُّيُوعُ مُؤَثِّرٌ فيه بالاتِّفاقِ، والمعنىٰ المؤثِّرُ في العقدِ إذا قارنَ ما يقَعُ به المِلْكُ منَع منه؛ كالبَيْعِ يُقارِنُه شرْطٌ فاسدٌ، ولهذا جاز هبةُ الاثنيْنِ مِن الواحدِ؛ لأن قَبْضَه في غيرِ مَشَاعٍ، فيُوجَدُ سببُ المِلْكِ بلا مقارنةِ فسادٍ.

بخلافِ ما إذا رهَن مِن رَجُليْنِ؛ لأن الدارَ مرهونةٌ عندَ كُلِّ واحدٍ منهما علىٰ سبيلِ الكمالِ؛ لأن الرَّهْنَ حبْسٌ، ويُتَصَّورُ أن تكُونَ الدارُ محبوسةً عندَ كُلِّ واحدٍ منهما علىٰ سبيلِ الكمالِ.

ولهذا إذا افتَكَّ أحدُهما كانت رهنًا [٦/٢٧٣ظ/م] بتمامِها عندَ الآخَرِ، وبخلافِ ما إذا آجَر مِن رَجُليْنِ؛ لأن ثَمَّةَ يَرْتَفِعُ معنىٰ الشُّيُوعِ بالمُهايأةِ، بأنْ يتَهايآ، فينتَفِعُ كُلُّ واحدٍ منهما في النصفِ بطريقِ الأصالةِ، وفي النصفِ الآخَرِ بطريقِ النيابةِ، أوْ يَسْكُنانِ جميعًا، فيَحْصُلُ لهما الانتفاعُ.

فأمَّا الصَّدَقةُ علىٰ اثنينِ: فقد اختلَف مشايخُنا في بيانِ ذلك.

قال بعضُهم: ليس فيها اختلافُ الروايةِ، بل يَجُوزُ عندَ أبي حنيفةَ روايةً واحدةً، كما ذكَر في **«الجامع الصغير»**.

وتأويلُ ما ذكَر في «كتابِ الهِبةِ»: إذا كانا غَنِيَّيْنِ؛ لأن التصَدُّقَ عليهما هِبةٌ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَفَرْقٌ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ فِي الحُكْمِ. وَفِي الأَصْلِ سَوَّىٰ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: وَكَذَلِكَ الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ

منهما، أمَّا إذا كانا فقيرَيْنِ؛ فذلك جائز، وهذا تأويلُ الحاكمِ الشهيدِ صاحبِ «الكافي»(١).

ويَحْتَاجُ علىٰ هذا التأويلِ إلىٰ الفرقِ لأبي حنيفةَ بينَ الصَّدَقَةِ والهِبةِ، وفرْقُه ظاهرٌ؛ لأن المِلْكَ في الصَّدَقَةِ يَقَعُ أوَّلًا للهِ تعالىٰ، والفقيرُ نائبٌ عن اللهِ تَعَالىٰ في القبضِ، فصار بمنزلةِ ما لو وهَب لواحدٍ دارًا، فوَكَّل المَوْهُوبُ له وكِيلَيْنِ بالقبضِ، فقبَضَا جاز؛ لأن المَوْهُوبَ له واحدٌ بخلافِ الهِبَةِ؛ لأنَّ المِلْكَ يَقَعُ للاثنَيْنِ.

قال صاحبُ «التحفة»: «قيل: علىٰ قولِ أبي حنيفةَ: تَجُوزُ الصَّدَقَةُ مِن الغَنِيَّيْنِ؛ لأنه محلٌّ لصدقةِ التطوُّعِ»(٢).

وقال بعضُ مشايخنا: فيها اختلافُ [٢/٤٧٠و] الروايتيْنِ، فعلىٰ روايةِ «الأصل»: لا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ فيما يُقْسَمُ علىٰ اثنينِ.

وإلىٰ هذا الوجهِ: ذهَب الطَّحَاويُّ في «مختصره»، قال: «ومَن وهبَ أو تصَدَّق بدارٍ علىٰ رَجُلينِ؛ لم يَجُزْ ذلك في قولِ أبي حنيفةَ، وجاز في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ»(٣). إلىٰ هنا لفْظُ الطَّحَاويِّ. ولكلِّ روايةٍ وَجْهٌ.

أمَّا وجهُ روايةِ «الأصل»: فهو أن المِلْكَ وإنْ كان يَقَعُ لله تعالىٰ ـ وهو واحدٌ ـ لكن يقَعُ في ضَمِنِ مِلْكِ الفقيرِ، والمِلْكُ للفقيرِ يَثْبُتُ في الشَّائعِ، فلا يَتِمُّ قَبْضُ الفقيرِ، وإذا لم يَتِمَّ قَبْضُ الفقيرِ؛ لم يقَعِ المِلْكُ للهِ تعالىٰ في ضِمْنِه، بخلافِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤].
(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٦٣/٣].
(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٣١].

فِي الفَصْلَيْنِ لِتَوَقُّفِهِمَا عَلَى القَبْضِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهَ اللهِ تَعَالَى وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالهِبَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهَ الغَنِيِّ وَهُمَا اثْنَانِ، وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالمُرَاد بالمَذْكُورِ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَى غَنِيَّيْنِ.

غاية البيان

الوكيلَيْنِ؛ لأن المِلْكَ ابتداءً يَقَعُ لِلمَوْهُوبِ له، لا للوكيلَيْنِ، والمَوْهُوبُ له واحدٌ.

وأمَّا وجهُ روايةِ «**الجامع الصغير**»: فقد مرَّ، وهو أن المقصودَ بالتصدُّقِ هو اللهُ تعالى، وهو واحدٌ، وقبْضُ الفقيرِ يَقَعُ له، فصار كالمَوْهُوبِ له إذا وَكَّلَ وكيلَيْنِ بالقبضِ.

وقولُ زُفَرَ: كقولِ أبي حنيفةَ فيما إذا وهَب واحدٌ مِن اثنين؛ حيثُ لا يَجُوزُ، وبه صَرَّح القُدُورِيُّ في كتابِ «**التقريب**».

قولُه: (وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ)، أي: وَجْهُ الفرقِ بينَ الهِبةِ مِن اثنين؛ حيثُ لا تَجُوزُ عندَ أبي حنيفةَ، وبينَ الصَّدَقةِ على اثنين؛ حيثُ جازتْ على روايةِ «**الجامع الصغير**».

قولُه: (وَقِيلَ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ)، أي: جوازُ الصَّدقةِ فيما يَنْقَسِمُ على فقيرَيْنِ هو الصحيحُ، وتأويلُ المذكورِ في «**الأصل**»: التصَدُّقُ على غَنِيَّيْنِ؛ بدليلِ [٦/٢٧٤و/م] روايةِ «**الجامع الصغير**»؛ حيثُ صَرَّح فيه أن التصَدُّقَ على فقيرَيْنِ جائزٌ[1].

ثم اعلم: أن الهِبةَ الفَاسِدةَ مَضمُونةٌ لا يَمْلِكُها المَوْهُوبُ له، أَلَا تَرَى إلى ما ذكَر في «**المُضَاربة الكبيرة**»: لو دفعَ ألفَ درهمٍ إلى رجلٍ، وقال: نصْفُه هِبةٌ، ونصْفُه مُضَاربةٌ؛ لم تَجُزِ الهِبةُ؛ لأنه مَشَاعٌ، ولو هلَك عندَ القابضِ ضَمِن خمسَ مئةِ درهمٍ.

(١) ينظر: «مختلف الرواية» [٣/١٤٠٨]، «المبسوط» [١٢/٩٢]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٦٣]، «الاختيار» [٣/٦٨]، «تبيين الحقائق» [٥/٩٧، ١٠٤]، «البحر الرائق» [٧/٢٩٧].

وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَيْهَا، وَلِلْآخَرِ ثُلُثَهَا؛ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. فَلَوْ قَالَ: لِأَحَدِهِمَا نِصْفَهُ وَلِلْآخَرِ نِصْفَهُ. عَنْ أَبِي

غاية البيان

وفي «نوادر ابن رستم» عندَ محمَّدٍ: «لو دفَع درهمَيْنِ، فقال: أحدُهما لك هِبةٌ، والآخرُ يَكُونُ عندَك وَدِيعةً، فضَاعا جميعًا؛ يَضْمَنُ درهمًا، وهو في الآخرِ أمينٌ، وإنما ضَمِن الدرهمَ الهِبةَ؛ لأنه أخَذه على فسادِه؛ لأن الهِبةَ كانت غيرَ مَقْسُومةٍ»(١). وهكذا نقَل في «الأجناس» عن «النوادر».

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «رجلٌ معَه درهمانِ، قال لرجُلٍ آخرَ: لك درهمٌ منهما، فالمسألةُ على وجْهَيْنِ: إنْ كانا مستَوِيَيْنِ؛ لا تَجُوزُ الهِبةُ، وإنْ كانا مختلِفَيْنِ؛ تَجُوزُ، والفرقُ: أن في الوجهِ الأوَّلِ تناولَتِ الهِبةُ أحدَهما، وهو مجهولٌ، وفي الوجهِ الثاني: تناولَتْ قدْرَ درهمٍ منهما، وهو مَشَاعٌ، لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ»(٢).

وقال فيها أيضًا: «رجلٌ وهَب لرَجُلين درهمًا صحيحًا تكَلَّمُوا فيه، قال بعضُهم: لا يَجُوزُ؛ لأن تنصيفَ الدرهمِ لا يَضُرُّ، فكان مُشَاعًا يَحْتَمِلُ القِسْمةَ، والصحيحُ أنه يَجُوزُ؛ لأن الدرهمَ الصحيحَ لا يُكْسَرُ عادةً، فكان مُشَاعًا لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ»، قال: «وهذا يُؤَيِّدُ ما ذكَرْنا قبلَ هذا»(٣).

قولُه: (وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَيْهَا، وَلِلْآخَرِ ثُلُثَهَا؛ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ)(٤)، ذكَر هذه المسألةَ تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ.

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٥٢٩].

(٢) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٢٠].

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: «مختلف الرواية» [٣/١٤١١]، «المبسوط» [١٢/٦٨]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٦٣]،=

يوسف فِيْهِ رِوَايَتَانِ، فَأَبُو حَنِيْفَةَ مَرَّ عَلَىٰ أَصْلِهِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ.

هكذا ذكَر الخلافَ في «المبسوط»[1] و«مختصر الكافي» للحاكمِ بينَ محمدٍ وصاحِبَيْه[2]، وهكذا ذكَر الخلافَ في «المنظومة» و«المختلف»[3].

وقد ذكرَ القُدُورِيُّ في كتابِه «التقريب» الخلافَ بينَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ، ولم يَذْكُرْ قولَ أبي حنيفةَ، وكذلك ذكَر في «إشارات الأسرار» أيضًا.

ثم اعلم: أن أبا حنيفةَ مَرَّ علىٰ أصْلِه في هبةِ الواحدِ الدارَ منِ اثنين، فإنَّها لا تَجُوزُ؛ لأنها هِبَةُ المَشَاعِ، فكذا هنا، وكذا محمَّدٌ مَرَّ علىٰ أصْلِه في جوازِ [٢/٤٧٠ظ] هِبَةِ الدارِ منِ اثنين؛ لأن العقدَ اقتضَىٰ ثبوتَ المِلْكِ لهما دَفعةً واحدةً، فلَمْ يَظْهَرِ الشُّيُوعُ.

وأبو يوسفَ فَرَّقَ بينَ المسألتيْنِ، فقد جَوَّز ثَمَّةَ كما قال محمَّدٌ، ولم يُجَوِّزْ هنا كما قال أبو حنيفةَ.

وجهُ الفرقِ لأبي يوسفَ: أنه إذا أطلَق الهِبةَ منهما؛ فالعقدُ لا يَتَعرَّضُ للتبعيضِ، بخلافِ ما إذا فصَّل أحدُهما في العقدِ وقال: لهذا ثُلُثُها، ولهذا ثُلُثاها، فإن التفصيلَ في العقدِ يُوجِبُ تفريقًا في العقدِ، والعقدُ متىٰ تفرَّق أوجَب الشُّيُوعَ لا [٦/٢٧٤ظ/م] محالةَ، فمنعَ مِن الجوازِ.

بخلافِ ما إذا قال: وهبْتُ الدارَ منكما، النصفَ مِن هذا، والنصفَ مِن ذاك؛ لأن ذلك بيانٌ لحُكْمِ العقدِ، فإن الحُكْمَ يقَعُ كذلك، فلَمْ يَمْنَعِ الجوازَ، وفي صورةِ

= «بدائع الصنائع» [٥/١٧٣، ١٧٤]، «الاختيار» [٣/٦٧، ٦٨]، «تبيين الحقائق» [٥/٩٦، ٩٧]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤/٤٢٢].

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [١٢/٦٩].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٠٧، ١٤٠٨].

وَالفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ المِلْكِ فِي البَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلَى الأَبْعَاضِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

التفضيلِ تعذَّر جَعْلُه بيانًا لحُكْمِ العقدِ، فإن حُكْمَهُ التنصُّفَ لا التفاضُلَ، فأوجَبَ التفضيلَ شُيوعًا، فمنَع الجوازَ، فافترقا.

وقال شيخُ الإسلامِ خُواهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «فَرَّقَ أبو يوسفَ بينَ الرَّهْنِ مِن اثنينِ، وبينَ الهِبةِ مِن اثنين ـ إذا مَيَّز بينَهما بالنصفِ ـ فقال: تَجُوزُ الهِبةُ، ولا يَجُوزُ الرَّهْنُ، والفرقُ بينَهما: أن التمييزَ في النصفِ في بابِ الرَّهْنِ بمنزلةِ التفضيلِ في بابِ الهِبةِ؛ لأن مُوجِبَ العقدِ حالةَ الإجمالِ في بابِ الرَّهْنِ أن يَصِيرَ الكُلُّ رهنًا من كُلِّ واحدٍ منهما لا النِّصفُ، وإذا ذكَر النِّصفَ فقد غيَّرَ مُوجبَ العقدِ، فكان بمنزلةِ التفضيلِ في الهِبةِ؛ لأن التفضيلَ في الهِبةِ يُغَيِّرُ مُوجِبَ العقدِ.

فأمَّا التمييزُ مِن حيثُ النصفِ في الهِبةِ: تقريرٌ لمُوجِبِ العقدِ، وليس بتغْييرٍ، وتقريرُ ما يَقْتَضِيهِ مُطْلَقُ العقدِ لا يَمْنَعُ صحَّةَ العقدِ، كما في بابِ الرَّهْنِ إذا قال: على أن يَكُونَ الكُلُّ رهنًا عندَ كلِّ واحدٍ منهما جاز».

وقال القُدُورِيُّ في كتابِه المُسمَّى بـ«التقريب»: «وقد رَوَى ابنُ سَماعةَ عن أبي يوسفَ: فيمَنْ قال لرجلَيْنِ: وهبْتُ منكما هذه الدارَ؛ لهذا نصفُها ولهذا نصفُها صحَّتِ الهِبةُ، ولو قال: وهبْتُ منك نصفَ هذه الدارِ، ومِن الآخَرِ نصفَها؛ لم تَصِحَّ الهِبةُ؛ لأنه في الأوَّلِ أوقَع العقدَ صفقةً، ثم فسَّر مقتضَى الصفقةِ منَ القِسْمَةِ، وفي الثاني: فَرَّقَ أحدَ الإيجابَيْنِ عن الآخَرِ».

والله ﷻ أعلمُ بالصوابِ، وإليه المرجعُ والمآبُ.

بَابُ
الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ

وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا.

بَابُ
الرُّجُوعِ فِي الْهِبَةِ

قد بَيَّنَّا في أَوَّلِ كتابِ الهِبةِ: أن حُكْمَ الهِبةِ وقوعُ المِلْكِ لِلمَوْهُوبِ له مِلْكًا غيرَ لازمٍ، وفائدتُه صحَّةُ الرجوعِ، وهذا بابُ بيانِ مواضعِ الرجوعِ وما يَمْنَعُ منه.

قولُه: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلا أنْ يُعَوِّضَهُ عنها، أَوْ تَزِيدُ زيادةً متَّصلةً، أَوْ يموتُ أحدُ المتعاقِدَيْنِ، أو يَخْرُجُ المَوْهُوبُ عن مِلْكِهِ»[1].

قال أصحابُنا: إذا وهَب مِن أجنبيٍّ شيئًا، فلَمْ يُعَوِّضْهُ؛ له حقُّ الرجوعِ[2].

وقال الشَّافعيُّ ﵀: ليس حقُّ الرجوعِ[3].

وأمَّا الوالدُ إذا وهبَ لولدِه شيئًا: فعندَنا: ليس له حقُّ الرجوعِ[4].

وعندَه: له حقُّ الرجوعِ، وقدِ اتَّفقُوا أنه إذا وهَب لزَوْجتِه أوْ للفقيرِ؛ ليس له حقُّ الرجوعِ. كذا في «الطريقة البرهانية».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤ - ١٢٥].

(٢) ينظر: «المبسوط» [٧٥/١٢]، «تحفة الفقهاء» [١٦٧/٣]، «بدائع الصنائع» [١٨٧/٥]، «الاختيار» [٦٩/٣، ٧٠]، «تبيين الحقائق» [٩٩/٥]، «البحر الرائق» [٢٩٢/٧]، «الفتاوى الهندية» [٤٤٠/٤].

(٣) ينظر: «الحاوي» [٥٤٥/٧]، «المهذب» [٣٣٥/٢]، «نهاية المطلب» [٤٢٣/٨]، «البيان» [١٢٤/٨]، «العزيز» [٣٢٢/٦].

(٤) سيأتي تفصيل مذهب الشافعي قريبًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا رُجُوعَ فِيهَا ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَرْجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» ، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْلِيكَ ، وَالعَقْدُ لَا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ ، بِخِلَافِ هِبَةِ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ عَلَى أَصْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمّ التَّمْلِيكُ ؛ لِكَوْنِهِ جُزْءًا لَهُ .

غاية البيان

وقال علاءُ الدِّينِ العالمُ في «طريقته»: «وأجمَعُوا أنه لو وهَب لزوْجتِه ، أو لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ؛ لا يَمْلِكُ الرجوعَ»[١] . إلى هنا لفْظُ «الطريقة» .

وأراد بذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ غيرَ الولدِ ؛ لأن في الولدِ اختلافًا .

وقال ابنُ الجَلَّابِ المَالِكِيُّ البَصْرِيُّ في كتابِ «التفريع»: «وكلُّ مَن وهَب هِبةً ، فليس فيها رجعةٌ إلا الوالديْنِ خاصَّةً ، فإنَّ [٦/٢٧٥و/م] لهما الرجعةُ فيما وهَباه لولدِهما ، ما لم يتدايَنْ أوْ يتزَوَّجْ ، فإذا تدايَنَ أو تزَوَّجَ ؛ لم يَكُنْ للوالديْنِ في الهِبَةِ رجعةٌ ، فإنْ تغيَّرتِ الهِبَةُ عندَ الولدِ ؛ فليس [٢/٤٧١و] للوالدِ فيها رجعةٌ ، وإنْ باعها الولدُ وأخَذ ثمَنَها ؛ لم يَكُنْ للوالدِ إلى الثَّمَنِ فيها سبيلٌ»[٢] . إلى هنا لفْظُ «التفريع» .

وقال في «وجيز الشافعية»: «ولا رجوعَ فيها إلا للوالدِ[٣] فيما يَهَبُ لولدِه ، وفي معناه: الوالدةُ والجدُّ[٤] وكلُّ أصلٍ ، وقيل: إنه يَختَصُّ بالأبِ ، وإنْ تصدَّق الأبُ عليه لفَقْرِه ؛ ففي الرجوعِ خلافٌ ، ومهما تَلِف المَوْهُوبُ ، أوْ زال مِلْكُ المتَّهِبِ ؛ فات الرجوعُ ، ولا يَثْبُتُ طلَبُ القِيمةِ»[٥] . إلى هنا لفْظُ «الوجيز» .

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٢٩٤] .

(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٢/٢٦٩] .

(٣) في «الوجيز»: «إِلَّا لِلْوَالِدِ (ح ، م) فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ..» . ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلى أبي حنيفة . وبـ: (م): الرمزَ به إلى مالك بن أنس ، كما نصَّ على ذلك في المقدمة . ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [١/٥] .

(٤) في «الوجيز»: «والجَدّ (م) وكلّ أصل..» .

(٥) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٦/٣٢١] .

....

غاية البيان

وقال الخِرَقِيُّ من الحنابلةِ في «مختصره»: «ولا يحلُّ لواهبٍ أنْ يَرْجِعَ في هِبَتِه، ولا لمُهْدٍ أنْ يَرْجِعَ في هَدِيَّتِه، وإنْ لم يُثَبْ عليها إلا الأبُ»(١).

وجهُ قولِ مَن لم يُجَوِّزِ الرجوعَ للأجنبيِّ: ما رُوِيَ في «شرح الآثار»: مسنَدًا إلى طَاوُسٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ قالا: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْوَالِدَ لِوَلَدِهِ»(٢).

وقد رَوَىٰ البُخَارِيُّ في «صحيحه»: مسندًا إلى ابنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ»(٣).

وفي روايةٍ عنِ ابنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ، الَّذِي يَعُودُ فِي هِبَتِهِ كَالكَلْبِ يَرْجِعُ فِي قَيْئِهِ»(٤)، ولأنه عَقْدُ تمليكٍ، فيَنْبَغِي أن يَقَعَ لازمًا للبَيْعِ، وهذا المعنى تُرِكَ في الوالدِ بالنصِّ، أوْ لأنَّ ثَمَّةَ لم يَتِمَّ التمليكُ لكونِ الولدِ جُزءًا منه، فثَبَتَ له الرجوعُ.

ولنا: ما حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار» قَالَ: حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَرْزُوقٍ،

---

(١) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/٨٢].

(٢) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب الرجوع في الهبة [رقم/٣٥٣٩]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في الرجوع في الهبة [رقم/١٢٩٩]، والنسائي في كتاب الهبة/ رجوع الوالد فيما يعطي ولده [رقم/٣٦٩٠]، وابن ماجه في كتاب الهبات/ باب من أعطىٰ ولده ثم رجع فيه [رقم/٢٣٧٧]، وأحمد في «المسند» [٢/٢٧]، من طريق طَاوُس عَنِ ابْنِ عُمَرَ، وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ به.

قال الترمذي: «حديث ابن عباس حديث حسن صحيح». وقال ابن حجر: «رواه أحمد والأربعة، وصحَّحه الترمذي وابن حبان والحاكم».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) مضىٰ تخريجه.

. . . .

قَالَ: حَدَّثَنَا مَكِّيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ قَالَ: حَدَّثَنَا حَنْظَلَةُ عَنْ سَالِم قَالَ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: سَمِعْتُ عُمَرَ بْنَ الْخطَّابِ يَقُولُ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا حَتَّىٰ يُثَابَ مِنْهَا بِمَ يَرْضَىٰ»(١).

وقال الطَّحَاوِيُّ أيضًا فيه: حَدَّثَنَا يُونُسُ أَخْبرنَا ابْنُ وَهْبٍ: أَنَّ مَالِكًا حَدَّثَهُ عَنْ دَاوُدَ بنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بنِ طَرِيفٍ الْمُرِّيِّ، عَنْ مَرْوَانَ بنِ الْحَكَمِ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَىٰ وَجْهِ صَدَقَةٍ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَىٰ أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ بِهَا الثَّوَابَ؛ فَهُوَ عَلَىٰ هِبَتِهِ، يَرْجِعُ فِيهَا إِنْ لَمْ يَرْضَ مِنْهَا»(٢).

فهذا عُمَرُ ﷺ جعلَ في الهِبةِ لذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ والصَّدَقَةِ أَلَّا يَرْجِعَ، وجعلَ في غيرِه مِن الهِبَاتِ أَنْ يَرْجِعَ.

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ فيه أيضًا: عَنْ سُلَيْمانَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زِيَادٍ، عَنْ شُعْبَةَ، عَنْ جَابِرٍ الْجُعْفِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ(٣)، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ابْنِ أَبْزَىٰ، عَنْ عَلِيٍّ قَالَ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»(٤).

---

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٥١٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨١/٤]، عن عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ به.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [٣٢٨/١٤].

(٢) أخرجه: مالك في «الموطأ/ رواية أبي مصعب الزهري» [٤٨٦/٢]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨١/٤]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٨٢/٦]، من طريق عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ به.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [٣٢٨/١٤].

(٣) وقع بالأصل: «سَمِعْتُ الْقَاسِمَ، وحدَّث ابن عَبْد الرَّحْمَن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٥٢٦]، وابن أبي شيبة [رقم/٢١٧٠٣]، والطحاوي=

. . . .

وَحَدَّثَ الكَرْخِيُّ في «مختصره»(١): قَالَ: حَدَّثَنَا الحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا [- د ٣٧ظ/م] يَحْيَىٰ قَالَ: حَدَّثَنَا شَرِيكٌ، عَنْ جَابِرٍ عَنِ الْقَاسِمِ، عَنِ ابْنِ أَبْزَىٰ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ قَالَ: «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»(٢).

وقال الكَرْخِيُّ أيضًا: حَدَّثَنَا الحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ نُمَيْرٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا حَفْصٌ عَنِ الْأَعْمَشِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنِ الأَسْوَدِ عَنْ عُمَرَ قَالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يُثَبْ، وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ»(٣).

وقال الكَرْخِيُّ: «وإلىٰ ما رُوِيَ عن عُمَرَ وعَلِيٍّ: ذهَب أصحابُنا، وأجازوا الرجوعَ في الهِبةِ في الحُكْمِ إذا كانت لأجنبيٍّ ولم يُثَبْ منها، وكرِهُوا ذلك للوَاهِبِ في الدِّيْنِ؛ لأنه رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال: «**العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ**»(٤).

وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قَالَ: «**كَالكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ**»(٤). وتأويلُه

= في «شرح معاني الآثار» [٣٤/٤]، والدارقطني في «سننه» [٤٤/٣]، من طريق شُعْبَة، عَنْ جَابِرٍ الْجُعْفِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ الْقَاسِمَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ يُحَدِّثُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبْزَىٰ، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ به.

(١) قد راجَعْنا نسختَيْنِ مِن «مختصر الكَرْخِيِّ» فلَمْ نجد فيهما هذا الخبر والذي بعده!

أ ـ أمَّا النسخةُ الأُولَى: فهي الممْزُوجة بشَرْح أبي الفضل ركْن الدين الكِرْمانيِّ [ق ٢٠٥/أ/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب ـ والنسخة الثانية: هي الممْزُوجة بشَرْح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُورِيّ [٣/ق ١٥٠/ب/ مخطوط مكتبة رضا ـ رامبور/ الهند/ نقْلًا عن مصوَّرات الجامعة الإسلامية/ (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

(٢) مضىٰ تخريجه في الذي قبله.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢٢٠٥٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨١/٤]، من طريق الْأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنِ الأَسْوَدِ، عَنْ عُمَرَ ﷺ به.

قال العيني: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [٣٢٨/١٤].

(٤) مضىٰ تخريجه.

. . . .

عندَ أصحابِنا على الكراهةِ ليس على التحريمِ، ويدلُّ على صحَّتِه تمثِيلُه بالكلبِ، ولو كان [٢/٤٧١ظ] مُحَرَّمًا ما صح تمْثِيلُه بالكلبِ؛ لأن معنى التحريمِ لا يَصحُّ في الكلبِ، ويَدُلُّ على ذلك ما رُوِيَ عن عُمَرَ وعلِيٍّ في إجازةِ الرجوعِ للأجنبيِّ فيما وهَب مما لم يُثَبْ منه، ولو كان حرامًا لَمَا أجازا[1] ذلك.

والجوابُ عن قوله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْوَالِدَ لِوَلَدِهِ**»[2].

فنقولُ: ليس المرادُ منه التحريمَ، بل إنما وصَف الرجوعَ بأنه لا يَحِلُّ تغليظًا؛ لكراهيةِ أن يَكُونَ أحدٌ مِن أُمَّتِه له مثَلُ السَّوْءِ؛ بدليلِ ما رَوَيْنَا عن عُمَرَ وعَلِيٍّ أنهما أجازا الرجوعَ، وهذا كما رُوِيَ عن رسولِ اللهِ ﷺ قال: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ**»[2]، فلَمْ يَكُنْ ذلك على معنى أنها تَحْرُمُ عليه كما تَحْرُمُ على الأغنياءِ، ولكنَّها لا تَحِلُّ له مِن حيثُ تحِلُّ لغيرِه مِن ذوي الحاجةِ والزَّمانةِ، فكذلك هذا على أنه لا يَحِلُّ له ذلك، كما لا تَحِلُّ له الأشياءُ التي قد أحلَّها، ولم يَجْعَلْ لنا عليها مثَلَ السَّوْءِ.

وأمَّا استثناءُ الوالدِ: فتأويلُه على أن الوالدَ يُباحُ له أنْ يَأْخُذَ ما وهَب لابنِه في وَقْتِ حاجَتِه إلى ذلك وفَقْرِه إليه، ولا يَكُونُ مثْلُه مَثَلَ السَّوْءِ؛ كمَثَلِ الكلبِ الراجعِ في قَيْئِه.

والمعقولُ في المسألةِ: أن الهِبَةَ عقْدٌ قابلٌ للفَسْخِ[3] والنقضِ، ولهذا إذا تفاسَخا صحَّ بالاتِّفاقِ.

---

(١) وقع بالأصل: «لما جاز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «الفسخ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

غاية البيان

فلمَّا قَبِلَ الفَسْخَ ـ وقد فات غَرَضُ الوَاهِبِ، وهو العِوَضُ الماليُّ[1] ـ ثبت له حقُّ الفَسْخِ والرجوعُ إلى أصلِ حقِّه، قياسًا على ما إذا اشترى عبدًا على أنه كاتبٌ، فوجدَه غيرَ كاتبٍ.

فَإِنْ قُلْتَ: لَا نُسَلِّمُ أن الغرضَ والمقصودَ مِن الهِبةِ العِوَضُ الماليُّ.

قُلْتُ: الدليلُ على ذلك العُرْفُ والشَّرْعُ.

أما العُرْفُ: فلأنَّ المكافأةَ والمجازاةَ مقصودةٌ في الهِبَاتِ عادةً؛ لأن الإنسانَ لا يَرْضَى أن يزولَ عنه مالُه الذي سببُ بقائِه إلى غيرِه مجَّانًا.

وأما الشَّرْعُ: فإن النبيَّ ﷺ [٦/٢٧٦و/م] ندَبَ إلى ذلك، وقد روَتْ عَائِشَةُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أُولِيَ مَعْرُوفًا فَلْيُكَافِئْ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَذْكُرْهُ، فَإِنْ ذَكَرَهُ فَقَدْ شَكَرَهُ»[2].

وَحَدَّثَ البُخَارِيُّ مسندًا في «الصحيح»: إلى عَائِشَةَ قَالَتْ: «كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا»[3].

ورَوَى في «الجامع التِّرمِذيِّ»: مسندًا إلى أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «تَهَادُوا فَإِنَّ الهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ»[4]. أمرَ بِالمُهَاداةِ وهي إيقاعُ الهِبةِ مِن الجانِبَيْنِ.

فَإِنْ قُلْتَ: قد يَكُونُ الغَرَضُ من الهِبةِ إظهارُ السَّخَاءِ، واكتسابُ المحْمَدةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «المالية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب المكافأة في الهبة [رقم/٢٤٤٥]، عن عَائِشَة ﵂ به.

(٤) مضى تخريجه.

وَلَنا: قَوْلُهُ ﷺ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا» أَي: لَمْ يُعَوَّضْ؛

غاية البيان

قُلْتُ: ذلك مُسَلَّمٌ، ولكن لا يُنَافِي ذلك ما قُلنا مِن كونِ العِوَضِ الماليِّ غرضًا؛ لأن إظهارَ السَّخَاءِ لا يَنْتَفِي بمجرَّدِ ثبوتِ حقِّ الرجوعِ، وإنما يَنْتَفِي بالرجوعِ، فإذا قصدَ الرجوعَ؛ تبيَّنَ أن غرضَه المجازاةُ، لا إظهارُ السَّخَاءِ، فكان[1] له الفَسْخُ لفواتِ الغرضِ.

ولأن التَّبَرُّعَ على نَوْعَيْنِ: تَبَرُّعٌ بالعينِ؛ كَالهِبةِ، وتبرُّعٌ بالمنفعةِ؛ كالعَارِيَّةِ.

ففي ذلك التَّبَرُّعِ يَصِحُّ الرجوعُ، فكذا في هذا؛ لأن التَّبَرُّعَ يُنافي اللزومَ إلا إذا وُجِدَ المانعُ مِن الرجوعِ، وسنذكرُ الموانِعَ بعْدَ هذا إن شاء اللهُ تعالى.

غايةُ ما في البابِ: أن يَكُونَ الرجوعُ منهِيًّا عنه، ومعَ هذا لو رجعَ صحَّ، كما أنه مَنْهِيٌّ عن البَيْعِ عندَ أذانِ الجمعةِ، فلو عَقَد صحَّ عقْدُه، وكذلك إيقاعُ الطلاقِ في الحيضِ مَنْهِيٌّ عنه، فلو أوقَع فيه صحَّ إيقاعُه، وتحْرُمُ عليه الصلاةُ في أرضٍ مَغْصُوبةٍ، والذبْحُ بسكينٍ مَغْصُوبةٍ، ولو فعلَ صحَّ ذلك.

قولُه: (وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»[2]) فيه نَظَرٌ؛ لأنه من كلام عَلِيٍّ لا مِن كلامِ النبي ﷺ، وقد مَرَّ ذِكْرُه.

---

(١) وقع بالأصل: «لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» [رقم/ ٢١٧٠٣] من طريق ابنِ أَبْزَى، عَنْ عَلِيٍّ، موقوفًا عليه، وقد ثبت مرفوعًا من حديث أبي هريرة، وموقوفًا على عمر بن الخطاب.

أخرجه: ابن ماجه في/ [رقم/٢٣٨٧]، وابن أبي شيبة [رقم/٢١٧٠٤]، والدارقطني في «سننه» [٤٤/٣]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٨١/٦]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به. واللفظ للدارقطني والبيهقي.

قال ابن حجر: «في إسناده ضعْف». ورجَّح البخاريُّ والبيهقيُّ وغيرهما وقْفَه على عمر بن الخطاب ﷺ. ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [١٤٦/٧]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٨٤/٢].

وَلِأَنَّ المَقْصُود بِالعَقْدِ هُوَ التَّعْوِيضُ لِلْعَادَةِ، فَيَثْبُتُ لَهُ وِلَايَةُ الفَسْخِ عِنْد فَوَاتِهِ، إِذ العَقْدُ يَقْبَلُهُ، وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ: نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ، وَإِثْبَاتُهُ لِلْوَالِد؛ لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ لِلْحَاجَةِ وَذَلِكَ يُسَمَّىٰ رُجُوعًا.

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ فَلَهُ الرُّجُوعُ لِبَيَانِ الحُكْمِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلَازِمَةٌ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالعَائِدِ فِي قَيْئِهِ» ....

غاية البيان

قوله: (وَالْمُرَادُ [٤٧٢/٢و] بِمَا رُوِيَ: نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ، وَإِثْبَاتُهُ لِلْوَالِدِ)، أي: المرادُ بقوله ﷺ: «لَا يَرْجِعُ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ»[1]: حرمةُ رجوعِ غيرِ الوالدِ في هِبَتِه بطريقِ الاستبدادِ؛ أي: التفرُّدُ وإثباتُ الاستبدادِ بالرجوعِ للوالدِ، يعني: أن غيرَ الوالدِ لا يَسْتَبِدُّ بالرجوعِ بدونِ أن يَنْضَمَّ إليه قضاءُ القاضي، أو رضا المَوْهُوبِ له، والوالدُ يَسْتَبِدُّ به، يعني: يَجُوزُ له أن يتملَّكَ مالَ ولدِه إذا احتاجَ إليه، وسمَّىٰ ذلك رجوعًا؛ لأنه لَمَّا تملَّكَه عاد إليه ما وهبَ.

وَحَدَّثَ صاحبُ «السنن»: بإسنادِه إلىٰ عَائِشَةَ ﵂ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «وَلَدُ الرَّجُلِ مِنْ كَسْبِهِ، مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»[1].

وفي «السنن» أيضًا: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ، إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ»[1].

وهذا الجوابُ عن حديثِ الخصمِ علىٰ طريقِ التَّسْلِيمِ، علىٰ أن المرادَ منه: حرمةُ الرجوعِ لغيرِ الوالدِ [٢٧٦/٦ظ/م]، لكن بطريقِ الاستبدادِ، ثم اسْتُثْنِيَ عنه الوالدُ علىٰ معنىٰ: أن رجوعَه بالاستبدادِ لا يَحْرُمُ.

والأَوْلَىٰ هو المنعُ بأنْ يُقالَ: لَا نُسَلِّمُ أن المرادَ منه حرمةُ الرجوعِ، بل نفيُ حِلِّ الرجوعِ للتغليظِ علىٰ الوجهِ الذي بيَّنَّا قبلَ هذا، لا للحرمةِ.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

وَهَذَا لاسْتِقْبَاحِهِ.

ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا فَقَالَ: إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَه عَنْهَا؛ لِحُصُولِ المَقْصُود أَوْ تَزِيدُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ الإِمْكَانِ وَلَا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ [١١٠/ظ] لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ العَقْدِ.

غاية البيان

قولُه: (وَهَذَا لِلاسْتِقْبَاحِ)، أي: قوله ﷺ: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ»(١): للاستقباحِ والكراهيةِ لا للتحريمِ؛ بدليلِ ما رُوِيَ في روايةٍ أُخرىٰ: «كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ فِي قَيْئِهِ»(١)، وفِعْلُ الكلبِ لا يُوصَفُ بتحليلٍ ولا تحريمٍ، وإنما يُوصَفُ بالاستقباحِ والكراهيةِ، وقد شُبِّه به فِعْلُ الراجعِ، فثَبَتَ الكراهةُ.

قولُه: (ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا فَقَالَ: إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَه عَنْهَا)، أي: ذكَرَ القُدُورِيُّ بعضَ الموانعِ في «مختصره» فقال فيه: «إلا أنْ يُعَوِّضَهُ»(٢)، وهو استثناءٌ مِن قولِه(٣): «وإذا وهَبَ هِبَةً لأجنبيٍّ فله الرجوعُ فيها».

قال شيخُ الإسلامِ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «الموانعُ مِن الرجوعِ تسعةٌ: القرابةُ المُحَرِّمةُ للنِّكَاحِ، والزوْجيةُ وَقْتَ العقدِ، والزيادةُ المتَّصِلَةُ، وموتُ الوَاهبِ، وموتُ المَوْهُوبِ له، وهلاكُ الشيءِ المَوْهُوبِ، وخروجُه مِن مِلْكِ المَوْهُوبِ له، وحصولُ العِوضِ، والتغيُّرُ مِن جنسٍ إلىٰ جنسٍ».

اعلم: أن الواهبَ إذا وهبَ لذي رَحِمٍ غيرِ مَحْرَمٍ، أوْ لمَحْرَمٍ غيرِ ذي رَحِمٍ؛ فله الرجوعُ؛ لِمَا رُوِيَ عن عَلِيٍّ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»(٤)، فأمَّا إذا وهَب لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ؛ فليس له الرجوعُ عندَنا، خلافًا للشَّافعيِّ رحمه الله

(١) مضىٰ تخريجه.
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].
(٣) أي: قول القُدُورِيِّ رحمه الله.
(٤) مضىٰ تخريجه.

....

في هِبةِ الوالدِ لولدِه، وقد مَرَّ ذلك.

والأصلُ فيه: ما رَوَيْنَا عن عُمرَ ﷺ قبلَ هذا أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ وَهَبَ هِبةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَىٰ وَجْهِ صَدَقَةٍ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا»[١]، ولأن هذه هِبةٌ حصلَ للوَاهِبِ منها مقصودُه، فلا يَكُونُ له الرجوعُ، كما في سوى الابنِ مِن الأقاربِ، وكما إذا وهَبَ الابنُ لأبيه، وكما لو وهبَ أحدُ الزوْجَيْنِ لصاحبِه، وذلك لأن المقصودَ من الهِبةِ لذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ صلةُ الرَّحِمِ، لا العِوَضُ الماليُّ، ما لم يُوجَدِ التنصيصُ على العِوَضِ، ولو نصَّ على ذلك وقال: أَهَبُكَ لصلةِ الرَّحِمِ لا يَرْجِعُ، فكذلك هذا؛ لأن المقصودَ قد حصلَ، وأمَّا قيامُ الزوجيَّةِ فمانِعٌ مِن الرجوعِ أيضًا عندَنا.

وقال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه: «قال بعضُ الناسِ: بأنه لا يُمْنَعُ الرجوعُ؛ لأن القياسَ أن يَكُونَ للوَاهِبِ الرجوعُ في القريبِ والأجنبيِّ، إلا أنه تُرِكَ في القريبِ بالنصِّ، وما ثبت بخلافِ القياسِ لا يُقاسُ عليه [٢/٤٧٢ظ] غيرُه».

ولنا: ما حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «**شرح الآثار**» وقال: حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا أَبو عُمرَ[٢]، أَخْبَرَنَا أَبُو عَوَانَةَ، عَنْ مَنْصُورٍ قَالَ: قَالَ إِبْرَاهِيمُ: «إِذَا وَهَبَتِ المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا، أَوْ وَهَبَ الرَّجُلُ لِامْرَأَتِهِ؛ فَالْهِبَةُ جَائِزَةٌ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ»[٣].

وَحَدَّثَ أيضًا فيه: عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ شُعَيْبِ بْنِ سُلَيْمَانَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ مُحَمَّدِ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «أَبو عمرو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح معاني الآثار».

(٣) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٨٤]، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ﷺ به.
قال العينيُّ: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [١٤/٣٤٠].

. . . .

بْنِ الْحَسَنِ [٦/٢٧٧و/م] ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، عَنْ حَمَّادٍ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، أَنَّهُ قَالَ: «الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ بِمَنْزِلَةِ ذِي الرَّحِمِ إِذَا وَهَبَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ»[١].

وقال محمدُ بنُ الحسنِ في كتابِ «الآثار»: أَخْبَرَنَا أبو حنيفةَ عن حمَّادٍ عن إبراهيمَ قال: «الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ بِمَنْزِلَةِ الْقَرَابةِ ، أَيُّهُمَا وَهَبَ لِصَاحِبِهِ ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ»[٢] ، ولأن المقصودَ من هِبةِ أحدِ الزوْجَيْنِ لصاحبِه حُسْنُ العِشْرةِ والتودُّدُ ، لا العِوَضُ الماليُّ ، وقد حصَل المقصودُ فلا رجوعَ ، وأمَّا الزيادةُ المتَّصلةُ فمانعةٌ مِن الرجوعِ.

وقال ابنُ أبي لَيْلَى: لا تَمْنَعُ الرجوعَ ، كذا نقَلَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه مذهبَه.

ونَقَلَ في «شرح الأقطع»[٣]: مذهبَ الشَّافعيِّ ﷺ كمذهَبِه[٤].

ووجهُهُ[٥]: القياسُ على الزيادةِ المنفصلةِ.

ولنا: أن الرجوعَ لو صحَّ فلا يَخْلُو: إمَّا أن يَكُونَ معَ الزيادةِ أوْ لا معَ الزيادةِ ، فلا يَجُوزُ الأوَّلُ ؛ لأن الزيادةَ لم تَدْخُلْ تحتَ العقدِ ، ولا يَجُوزُ الثاني ؛ لعدمِ الإمكانِ ، فتَعَيَّن عدمُ الرجوعِ.

فإنْ قالوا: الزيادةُ إذا حدثَتْ قبلَ القبضِ لا تَمْنَعُ الرجوعَ ، فكذا إذا حدثَتْ بعْدَه.

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٨٤/٤] ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ﷺ به.
قال العينيُّ: «طريق صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [٣٤٠/١٤].

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٥٩٩/٢]. عَنْ إِبْرَاهِيمَ ﷺ به.

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٩٤].

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣٧٨/٥] ، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٥٥٧/٥].

(٥) وقع بالأصل: «وَوَجْه». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

. . . .

قُلنا: إذا حدثَتْ قبْلَه وقَع عليها القبضُ الصادرُ عن العقدِ، فدخلَتْ في حُكْمِ العقدِ، فجاز الفَسْخُ عليها، وإذا حدثَتْ بعدَ العقدِ؛ لم يقَعْ عليها العقدُ، ولا القبضُ الصادرُ عنه، فظهَر الفرقُ.

وقياسُهُم على المنفصلةِ ضعيفٌ؛ لأن المنفصلةَ يَصِحُّ نقْلُ المِلْكِ في الأصلِ دونَها، فامتناعُ الفَسْخِ فيها لم يَمْنَعِ الفَسْخَ في الأصلِ، والمتَّصلةُ لا يُمْكِنُ نَقْلُ المِلْكِ في الأصلِ دُونَها، والفَسْخُ متعذِّرٌ فيها؛ لأن العقدَ لم يَتَناوَلْها.

وأمَّا موتُ الوَاهبِ فمانعٌ من الرجوعِ أيضًا؛ لأن الثابتَ له مجرَّدُ خيارٍ بينَ أنْ يَرْجِعَ، وألَّا يَرْجِعَ، ومجرَّدُ الخيارِ يَبْطُلُ بموتِ مَن له الخيارُ، ولا يُورَثُ كخيارِ الشرطِ بخلافِ العيبِ؛ لأنَّ المُسْتَحقَّ للمُشْتَرِي في خيارِ العيبِ جزءٌ هو مالٌ، وهو الجزءُ الفائتُ، والمالُ يُورَثُ، وإذا صار المالُ ميراثًا ثبَت الخيارُ بناءً عليه، وهنا المُسْتَحقُّ مجرَّدُ الخيارِ للوَاهِبِ، فكان كخيارِ الشرطِ.

وأمَّا موتُ المَوْهُوبِ له فمانعٌ أيضًا؛ لأنه يَزُولُ عن مِلْكِه إلى الورثةِ؛ لأن حقَّ الوَاهبِ في الرجوعِ لا يَمْنَعُ الانتقالَ مِن مِلْكِه إلى مِلْكِ غيرِه إذا وُجِدَ سببُ الانتقالِ، كما لو باع أوْ وهبَ مِن غيرِه حالَ حياتِه، والانتقالُ عن مِلْكِه في حالِ الحياةِ يَمْنَعُ الرجوعَ، لأن مِن شَرْطِ صحَّةِ فسْخِ العقدِ قيامَ المعقودِ عليه في مِلْكِ العاقدِ كما في البَيْعِ، فكذلك ههنا.

وأمَّا هلاكُ المَوْهُوبِ فإنه يَمْنَعُ الرجوعَ أيضًا؛ لأن زوالَ الهِبةِ عن مِلْكِ المَوْهُوبِ له مانعٌ، فهذا أَوْلَى؛ لأن العينَ ثَمَّةَ باقيةٌ، وهنا لا.

وأمَّا خروجُه عن ملكِ المَوْهُوبِ له فمانعٌ للرجوعِ؛ كما مَرَّ بيانُه عندَ موتِ المَوْهُوبِ له.

. . . .

وأما حصولُ العِوَضِ فمانعٌ أيضًا؛ لِمَا رَوَيْنَا عن عَلِيٍّ ﷺ أنه قال: «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»[١]، أي: يُعَوَّضْ، ولأن المقصودَ مِن الهِبةِ ـ وهو العِوَضُ الماليُّ ـ [٦/٢٧٧ظ/م] قد حَصَل، فلا رجوعَ.

وقال أصحابُنا: إن العِوَضَ الذي يَسْقُطُ به الرجوعُ ما شُرِطَ في العقدِ، وأمَّا إذا عوَّضه [٢/٤٧٣و] بعدَ العقدِ؛ لم يَسْقُطِ الرجوعُ؛ لأنه غيرُ مُسْتَحقٍّ على المَوْهُوبِ له، وإنما تبرَّع به لِيُسْقِطَ عن نفسِه الرجوعَ، فيَكُونُ هِبةً مبتدأةً، وليس كذلك إذا شُرِطَ في العقدِ؛ لأنه يُوجِبُ أن يَصِيرَ حُكْمُ العقدِ حُكْمَ البَيْعِ، وتَتَعَلَّقُ به الشُّفْعَةُ، ويُرَدُّ بالعيبِ، فدلَّ ذلك أنه قد صار عِوَضًا عنها.

وقالوا أيضًا: يَجِبُ أن يُعْتَبرَ في العِوَضِ جميعُ الشرائطِ المعتبرةِ في الهِبةِ مِن القبضِ، وعدمِ الإشاعةِ؛ لأنه هِبةٌ[٢]. كذا في «شرح الأقطع».

وقال في «التحفة»: «فأمَّا العِوَضُ المتأخِّرُ عن العقدِ فهو لإسقاطِ الرجوعِ، ولا يَصِيرُ في معنى المُعَاوضَةِ، لا ابتداءً ولا انتهاءً، وإنما يَكُونُ الثاني[٣] عِوَضًا عن الأَوَّلِ بالإضافةِ إليه نصًّا، بأنْ أعطى الوَاهِبَ شيئًا، وقال: هذا عِوَضٌ عن هِبَتكَ، أوْ قد نحَلْتُك هذا عن هِبتِكَ، أو كافأْتُك، أوْ جازَيْتُك، أوْ أَثَبْتُك، أوْ هذا بدلُ هِبَتك، أوْ مكان هِبَتك، أوْ تصدَّقْتُ بهذا عليك بدلًا مِن هِبَتك؛ فإنَّ هذا عِوَضٌ في هذه الوجوهِ إذا وُجِدَ قَبْضُ العِوَضِ.

ويَكُونُ العِوَضُ هِبةً تَصِحُّ بما تَصِحُّ به الهِبةُ، وتبْطُلُ بما تَبْطُلُ به الهِبةُ، وأمَّا إذا لم يُضَفْ إلى الهِبةِ الأُولى؛ تَكُونُ هِبةً مبتدأةً، ويَثْبُتُ حقُّ الرجوعِ في الهِبَتَيْنِ

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدور» للأقطع [ق/٣٩٢].

(٣) في «التحفة»: «وَإِنَّمَا يكون المَال الثَّانِي».

قَالَ: أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمتَعَاقِدَيْنِ؛ لِأَنَّ بِمَوْتِ المَوْهُوبِ لَهُ يَنْتَقِلُ المِلْكُ إِلَىٰ الوَرَثَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَإِذَا مَاتَ الوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ العَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ.

قَالَ: أَوْ يَخْرُجَ الْمَوْهُوبُ عَنْ مِلْكِهِ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِهِ فَلَا يَنْقُضُهُ، وَلِأَنَّهُ تَجَدُّدَ المِلْكِ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ.

غاية البيان

جميعًا»[١].

وأَمَّا التغيُّرُ مِن جنسٍ إلىٰ جنسٍ: فمانعٌ مِن الرجوعِ أيضًا؛ لأن هذا التغيُّرَ يَمْنَعُ حقيقةَ المِلْكِ إذا وُجِدَ مِن الغَاصِبِ، فلَأَنْ يَقْطَعَ حقَّ التمليكِ بالطريقِ الأَوْلَىٰ.

قولُه: (قَالَ: أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمتَعَاقِدَيْنِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٢]، وذلك لأنه إذا مات المَوْهُوبُ له انتقلتِ الهِبةُ إلىٰ مِلْكِ الوارثِ، والانتقالُ عن مِلْكِه مانعٌ للرجوعِ، كما إذا انتقلَتْ في حالِ الحياةِ بسببٍ مِن أسبابِ المِلْكِ، وإذا مات الوَاهبُ فليس لوارثِه الرجوعُ؛ لأنه أجنبيٌّ عن العقدِ، وقد مَرَّ بيانُه قبلَ هذا.

قولُه: (أَوْ يَخْرُجَ الْمَوْهُوبُ عَنْ مِلْكِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٣]، وذلك لأنَّ اختلافَ المِلْكَيْنِ كاختلافِ العينِ؛ بدليلِ قصَّةِ بَرِيرَةَ، وهي ما رَوَىٰ صاحبُ «السنن»: بإسنادِه إلىٰ قَتَادَةَ، عَنْ أَنَسٍ ﷺ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِلَحْمٍ، قَالَ: «مَا هَذَا؟» قَالُوا: شَيْءٌ تُصُدِّقَ بِهِ عَلَىٰ بَرِيرَةَ، قَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ»[٤].

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/١٦٧].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٤].
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) مضىٰ تخريجه.

قَالَ: فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ، فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا، أَوْ بَنَىٰ بِنَاءً، أَوْ دُكَّانًا، أَوْ آرِيًّا، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ.

غاية البيان

فلَمَّا كان كذلك قُلنا: كما لا يَجُوزُ أنْ يَرْجِعَ في غيرِ العينِ التي وهبَها؛ فكذلك لا يَجُوزُ أنْ يَرْجِعَ في غيرِ المِلْكِ الذي أوجَبه، ولأن قيامَ المعقودِ عليه في مِلْكِ العاقدِ شرْطٌ لصحَّةِ الفَسْخِ كما في البَيْعِ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ، فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا، أَوْ بَنَىٰ بِنَاءً، أَوْ دُكَّانًا، أَوْ آرِيًّا[1]، وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ [٢٧٨/٦و/م] عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ وهبَ لرَجُلٍ أرضًا بيضاءَ، فأنبتَ المَوْهُوبُ له بعدَما قبَضَها في ناحيةٍ منها نخلةً فتَنبُتُ، أو بنَىٰ في ناحية منها بيتًا، قال: ليس للوَاهبِ أنْ يَرْجِعَ في شيءٍ منهما، وكذلك لو بنَىٰ آرِيًّا أوْ دُكَّانًا، وكان ذلك زيادةً فيهما لم يَرْجِعْ في شيءٍ منهما»[2]. هذا لفظُ محمَّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

والأصلُ هنا: أن الزيادةَ المتصلةَ تمْنَعُ الرجوعَ عندَنا؛ وذلك لأنها حصلَتْ بتسليطٍ مِن الوَاهبِ، فملَكها المَوْهُوبُ له، فامتنَع الرجوعُ فيها؛ لأنها ليست مِلْكَ الوَاهبِ.

فلَمَّا امتنَع الرجوعُ فيها؛ امتنَعَ في الأصلِ أيضًا؛ لأن الفصلَ غيرُ مُمْكِنٍ، ثم

(١) بالمَدِّ في أوله، وكَسْر الراء، وتشديد الياء: هو العلَف عند العامة، وهو مرادُ الفقهاء، والآرِيُّ في اللغة: مجلس الدابة. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٣٦/١]. و«البناية شرح الهداية» للعَيْني [١٩٣/١٠].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦].

وَقَوْلُهُ: وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ لِأَنَّ الدُّكَّانَ قَدْ يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لَا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصْلًا، وَقَدْ تَكُونُ الأَرْضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذَلِكَ زِيَادَةً فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا.

غاية البيان

الشجرةُ والبناءُ يُعَدُّ زيادةً في الكُلِّ؛ بدليلِ ازديادِ ماليَّةِ الكُلِّ، وكذلك الدُّكَّان والآرِيُّ.

قالوا: هذا إذا كان الدكانُ كبيرًا يُعَدُّ زيادةً، فأمَّا إذا كان صغيرًا لا يُعَدُّ زيادةً؛ فلا يَمْنَعُ الرجوعُ، وهذا معنى قولِه: **(وَكَانَ ذَلِكَ زِيَادَةً فِيهَا)**، ولو كانتِ الأرضُ عظيمةً لا تُعَدُّ زيادةً في الكُلِّ إلَّا في تلك القطعةِ؛ كان له [٤٧٣/٢ظ] أنْ يَرْجِعَ في غيرِها. كذا قالوا في «**شروح الجامع الصغير**».

وقال **الحاكمُ الشهيدُ** في «**مختصر الكافي**»: «ولو كانتِ الهِبةُ دارًا، أوْ أرضًا، فبَنَى فيها بناءً، أوْ غرَسَ فيها غرْسًا، أو كانت جاريةً صغيرةً، فازدادتْ خيرًا، أو كان غلامًا، فصار رجلًا، فلا رجوعَ له في شيءٍ مِن ذلك، والبناءُ في بعضِ الأرضِ كالبناءِ في كلِّه؛ وذلك لأن الزيادةَ المتَّصلةَ تمْنَعُ مِن الرجوعِ»(١).

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**»: «وهذا إذا كانتِ الأرضُ صغيرةً يَزِيدُها الغَرْسُ، فأمَّا إذا كانت كبيرةً وغرَس في جانبٍ منها؛ يَنْقَطِعُ حقُّ الرجوعِ في ذلك المكانِ الذي غرَس فيه الأشجارَ؛ لأن الزيادةَ القائمةَ به لا تُوجِبُ زيادةً في الباقي، فيَكُونُ وَضْعُ مسألةِ الكتابِ في الأرضِ الصغيرةِ».

قال: «وإنْ كانتِ الهِبةُ دارًا، فانهدَم البناءُ كان له أنْ يَرْجِعَ في الباقي؛ لأن هذا نقصانٌ في الهِبةِ، والنقصانُ لا يَمْنَعُ الرجوعَ، وكذلك إذا استهلَك بعضَ الهِبةِ ببَيْعٍ أوْ غيرِه؛ يَنْقَطِعُ حقُّ الرجوعِ في المُسْتهلَكِ، ويَبْقَى في القائمِ؛ لِمَا بَيَّنَّا».

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٧].

قَالَ: وَإِذَا بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ؛ رَجَعَ فِي الْبَاقِي؛ لِأَنَّ الامْتِنَاعَ بِقَدْرِ الْمَانِعِ وَإِنْ لَمْ يَبِعْ شَيْئًا مِنْهَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي نِصْفِهَا؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصْفِهَا بِالطَّرِيقِ الأُولَىٰ.

قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ:

غاية البيان

قال: «وإنْ كانتِ الهِبةُ ثوبًا، فصبَغه أصفرَ، أوْ أحمرَ، أوْ خاطَه؛ انْقَطَع حقُّ الرجوعِ؛ لأن هذه زيادةٌ متَّصلةٌ، وإنْ قطَعه، ولم يَخِطْه كان له أنْ يَرْجِعَ فيه؛ لأن القطعَ يُوجِبُ نقصانًا في الثوبِ، والنقصانُ لا يَمْنَعُ الرجوعَ».

وقال أيضًا في «الكافي»: «رَجلٌ وهبَ لرَجُلٍ أرضًا، فبنىٰ فيها المَوْهُوبُ له بناءً، ثم أراد الوَاهِبُ الرجوعَ، فخاصَمه إلىٰ القاضي، فقال له القاضي: ليس لك أن تَرْجِعَ فيها، ثم هدَمها المَوْهُوبُ له؛ كان للوَاهِبِ أنْ يَرْجِعَ فيها»(١).

قال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ [٦/٢٧٨ظ/م]: «يريدُ به: أن قولَ القاضي لم يَقَعْ قضاءً حتَّىٰ لا يُنْقَضَ، وإنما وقَع فتوىٰ؛ بناءً علىٰ مانعٍ، فإذا زال المانعُ تغَيَّرَ الحُكْمُ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ؛ رَجَعَ فِي الْبَاقِي)، أي: قال في «الجامع الصغير»(٢)، يعني: إذا باع المَوْهُوبُ له نصفَ الأرضِ التي هي هِبةٌ غيرَ مقسومٍ؛ رجعَ الوَاهِبُ فيما بقِي؛ لأن المانعَ من الرجوعِ وُجِدَ في البعضِ، فيمْتَنِعُ بقَدْرِه، وإن كان لم يَبِعْ شيئًا منها أصلًا؛ كان له الرجوعُ في النصفِ أيضًا؛ لأنه لَمَّا ثبَتَ حقُّ الرجوعِ في الكُلِّ؛ كان له الرجوعُ في البعضِ بالطريقِ الأَوْلَىٰ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ؛ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا)، أي: قال

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٤].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦].

«إِذَا كَانَتِ الْهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»؛ وَلِأَنَّ الْمَقْصُود فِيهَا صِلَةُ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ، وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُود فِيهَا الصِّلَةُ كَمَا فِي الْقَرَابَةِ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَى هَذَا الْمَقْصُود وَقْتَ الْعَقْدِ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَ لَهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَو أَبَانَهَا بَعْدَ مَا وَهَبَ فَلَا رُجُوعَ.

غاية البيان

القُدُورِيُّ في «مختصره»[(١)].

والأصلُ فيه: ما رَوَيْنَا قبلَ هذا عن عُمَرَ ﷺ قال: «ومَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ؛ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا»[(٢)]، ولأن المقصودَ قد حَصَلَ، وهو صِلَةُ الرَّحِمِ، فلا رجوعَ، وفي هِبةِ الوالدِ لولدِه خلافُ الشَّافعيِّ ﷺ، وقد بَيَّنَّا ذلك وتَمَسُّكَه بالحديثِ، وجوابُه عندَ قولِه: (وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا).

قولُه: (وَكَذَلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[(٣)]، أي: لا رجوعَ فيما وهبَ أحدُهما لصاحبِه؛ لِمَا رَوَى محمدُ بنُ الحسنِ عن إبراهيمَ في كتابِ «الآثار» قال: «الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ بِمَنْزِلَةِ الْقَرَابَةِ، أَيُّهُمَا وَهَبَ لِصَاحِبِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ»[(٤)]، ولأن بينَهما وُصْلةٌ يَجِبُ استدامتُها، فتقعُ الهِبةُ، لاستدامةِ الوُصْلةِ، كَالهِبةِ مِن القريبِ، فلا يَثْبُتُ حقُّ الرجوعِ فيها.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «وعن إبراهيمَ في الرَّجُلِ يهَبُ لامرأتِه، أوْ لبعضِ ولدِه، وقد أدرَك وهو في عيالِه: أن ذلك جائزٌ إذا أعلَمه وإنْ لم يَقْبِضْ، ولا نَقُولُ به، بل يُشْتَرطُ القبضُ.

وعندَ ابنِ أبي لَيْلَى: إذا كان الابنُ الكبيرُ في عيالِه؛ صار إعلامُه بمنزلةِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].
(٢) مضى تخريجه.
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].
(٤) مضى تخريجه.

قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ: خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِك، أَوْ بَدَلًا عَنْهَا، أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا، فَقَبَضَهُ الْوَاهِبُ؛ سَقَطَ الرُّجُوعِ؛ لِحُصُولِ المَقْصُود، وَهَذِهِ العِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعْنًى وَاحِدًا.

غاية البيان

القبضِ [٢/٤٧٤و]، كما لو وهَب لابنِه الصغيرِ.

ولنا: أن الكبيرَ له يدٌ على مالِه ونفسِه، فما لم يَقَعْ في يدِه لا يُعَدُّ قابضًا، والقبضُ شرْطٌ في الهِبةِ بالحديثِ، بخلافِ يدِ الصغيرِ؛ لأن يدَه قاصرةٌ، فأقام الشَّرْعُ يدَ الأبِ مقامَ يدِه، فاكْتُفِيَ بالإعلامِ ثَمَّةَ لا ههنا، وكذلك الزوجةُ يُشْتَرطُ قبْضُها؛ لأن لها يدًا معتبرةً».

وقال في «شرح الكافي»: «رَجلٌ وهَب لامرأةٍ هِبةً، ثم تزوَّجها؛ فله أنْ يَرْجعَ فيها؛ لأنه لم يَقَعْ مجازاةً ولا صلةً حالةَ الهِبةِ، وإنْ وهَب لها هِبةً، ثم أبانَها؛ لم يَكُنْ له أنْ يَرْجعَ فيها؛ لأنه حَصَلَ المقصودُ بهذه الهِبةِ، وهو تحقيقُ الصلةِ حالَ وقوعِها، فبَطَلَ حقُّ الرجوعِ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ: خُذْ هَذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِك، أَوْ بَدَلًا عَنْهَا، أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا، فَقَبَضَهُ الْوَاهِبُ؛ سَقَطَ الرُّجُوعِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[١].

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإذا وهَب رَجلٌ لرَجُلٍ شيئًا، فعوَّض المَوْهُوبُ له مِن هِبتِه، فقال: هذا عِوَضٌ مِن هِبَتِك، أوْ قال: نحَلْتُك [٦/٢٧٩و/م] هذا عن هِبتكَ، أوْ كافأْتُك، أو جازَيْتُك، أوْ أثَبْتُك، أو هذا بدلُ هِبتِك، أوْ مكانُ هِبتِك.

أوْ قال: تصدقْتُ عليك بهذا بدلًا مِن هِبتك، أوْ أنْحلُه، أوْ أعْمرُه، فقال:

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا، فَقَبَضَ الْوَاهِبُ الْعوضَ؛ بَطَلَ الرُّجُوعُ؛ لِأَنَّ العِوَضَ لِإِسْقَاطِ الحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلْعِ وَالصُّلْحِ.

غاية البيان

هذا عِوَضٌ مِن هِبَتك، فإن هذا عِوَضٌ في هذه الوجوهِ كلِّها إذا سلَّمه العِوَضَ وقبَضَ صحَّ، والعِوَضُ هِبَةٌ يَصِحُّ بما تَصِحُّ به الهِبةُ، ويَبْطُلُ بما تَبْطُلُ به الهِبةُ عند أصحابِنا»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

وذلك لأن هذه الألفاظَ كلَّها تَدُلُّ علىٰ المكافأةِ، فحصَل مقصودُ الوَاهِبِ، فانقطَع الرجوعُ، وكذلك لا يَجُوزُ لِلمَوْهُوبِ له أنْ يَرْجِعَ في العِوَضِ؛ لأنه حصَل له مقصودُه مِن العِوَضِ، وهو تأكُّدُ مِلْكِه في الهِبةِ بسقوطِ حقِّ الرجوعِ للوَاهِبِ، فكما لم يَجُزْ رجوعُ الوَاهِبِ بعدَ حصولِ مقصودِه مِن الهِبةِ؛ لم يَجُزْ رجوعُ المَوْهُوبِ له أيضًا بعدَ حصولِ مقصودِه مِن العِوَضِ.

قولُه: (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا، فَقَبَضَ الْوَاهِبُ الْعِوَضَ؛ بَطَلَ الرُّجُوعُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «لو عَوَّضَ رَجلٌ أجنبيٌّ عن المَوْهُوبِ له الوَاهِبَ عن هِبتِه، وقَبَضَ العِوَضَ؛ لم يَكُنْ للوَاهِبِ أنْ يَرْجِعَ في هِبتِه، سواءٌ عوَّضه بأمْرِ المَوْهُوبِ له، أوْ بغيرِ أمْرِه، ولا للمُعَوِّضِ أيضًا أنْ يَرْجِعَ في العِوَضِ علىٰ الوَاهِبِ، ولا علىٰ المَوْهُوبِ»[3].

وقال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «الكفاية»: «ولا يَرْجِعُ علىٰ المَوْهُوبِ [له][4]،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٦].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٦].
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

إلا إذا قال: عَوِّضْ عني على أني ضامنٌ».

اعلم: أن الأجنبيَّ إذا عَوَّضَ وقبَضه الوَاهِبُ؛ لا يَصِحُّ الرجوعُ أصلًا.

أمَّا رجوعُ الوَاهِبِ: فلأنه حَصَلَ مقصودُه، ولأن العِوَضَ لإسقاطِ الحقِّ، فصحَّ اشتراطُه على الأجنبيِّ، كبدَلِ الخُلْعِ والصُّلحِ عن إنكارٍ، والصُّلْحِ عن عيبٍ في المَبِيعِ.

وأمَّا رجوعُ المُعَوِّضِ على شريكِه، أوْ على المَوْهُوبِ له؛ فلأنه متبَرِّعٌ بإسقاطِ الحقِّ، إلا إذا قال شريكُه: على أني ضامنٌ[١].

أمَّا إذا كان بغيرِ إذْنِه فظاهرٌ، وكذلك إذا كان بإذْنِه؛ لأن التَّعْويضَ ليس بواجبٍ عليه؛ لأنه مُخَيَّرٌ بينَ أنْ يُعَوِّضَهُ[٢]، وبينَ أنْ يَرُدَّ الهِبةَ عليه، فصار كما لو أمَرَه بالتبرُّعِ على إنسانٍ فتَبَرَّع؛ لم يَكُنْ له حقُّ الرجوعِ عليه، كذلك ههنا، بخلافِ ما إذا أمَرَه بقضاءِ الدَّيْنِ؛ لأن قضاءَ الدَّيْنِ واجبٌ عليه، فإذا خلَّصه عن هذه العهدةِ بأمْرِه؛ ثبتَ له حقُّ الرجوعِ.

والفقهُ فيه: أنه لَمَّا أمَرَه بقضاءِ الدَّيْنِ صار مُسْتقرِضًا ذلك القدرَ منه، مُوَكِّلًا إيَّاهُ بالصرْفِ إلى غيرِه؛ لأنَّا لو لم نَجْعَلْهُ كذلك؛ لم يُتَصَوَّرْ فراغُ ذِمَّتِه مما عليه؛ لأن الذمَّةَ لا تفرُغُ إلا بالقضاءِ، ولا يَقَعُ الفعلُ قضاءً [٢/٤٧٤ظ] إلا إذا انتقَل في المؤدَّى إلى مَن عليه الدَّيْنُ أوَّلًا، حتى إذا قبضَ ربُّ الدَّيْنِ وجَبَ للمديونِ عليه مثْلُ ما له عليه فيلتقيانِ قصاصًا، وهذا لا يُحْتَاجُ إليه في الهِبةِ؛ لأنه لا دَيْنَ على

---

(١) يعني: إذا وهبَ شيئًا لاثنين فعوَّضَه أحدهما، ليس له أنْ يَرْجِعَ على شريكه بما عوَّضه غيره، إلا إذا قال شريكه: عوِّضْ عني على أني ضامن. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) لأنه متبرع. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الهِبَة؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ.

وَإِنِ اسْتَحَقَّ نِصْفَ العِوَضِ لَمْ [١١١/و] يَرْجِعْ فِي الهِبَة إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعُ.

غاية البيان

المَوْهُوبِ له حتَّى يَحْتَاجَ إلى فراغِ ذِمَّتِه بتقديرِ الاستقراضِ، فافترَقا من هذا [الوجهِ](١).

[٢٧٩/٦ظ/م] **والحاصلُ**: أن تعويضَ الأجنبيِّ على ثلاثةِ أوجهٍ: فإنْ لم يَكُنْ بأمرٍ، أوْ كان بأمرٍ ولكن لم يُوجَدْ شرْطُ الضَّمانِ: فلا رجوعَ، وإنْ كان بأمرٍ وَوُجِدَ شرْطُ الضَّمانِ: ثبتَ له الرجوعُ على المَوْهُوبِ له، كما في الأمرِ بهبةٍ مبتدأةٍ إذا وُجِدَ شرْطُ الضَّمانِ.

قولُه: (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْهِبةِ؛ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنِ استحَقَّ نصفَ العِوَضِ لم يَرْجِعْ بنصفِ الهِبةِ إلَّا أن يَرُدَّ ما بقِيَ مِن العِوَضِ، فحينَئذٍ يَرْجِعُ»(٢).

اعلم: أن الاستحقاقَ إمَّا إنْ وقَع على الهِبةِ، أوْ على العِوَضِ، وكلُّ وَجْهٍ على وجْهَيْنِ: إمَّا إنْ وقَع على الجميعِ، أوْ على النصفِ، فإنِ استحَقَّ جميعَ العِوَضِ؛ كان للوَاهِبِ أنْ يَرْجِعَ فيما وهَب؛ لأن الهِبةَ بقِيَتْ بلا عِوَضٍ، فصار كأنْ لم يَكُنْ عوَّضَه أصلًا، وإنِ استحَقَّ جميعَ الهِبةِ؛ كان لِلمَوْهُوبِ له أنْ يَرْجِعَ بجميعِ العِوَضِ؛ لعدمِ سلامةِ مقصودِه مِن العِوَضِ، وهو تأكُّدُ مِلْكِه في الهِبةِ، هذا إذا كان بدلُ المُسْتَحقِّ قائمًا.

فإنْ كان هالكًا يَفْتَرِقُ الجوابُ بينَ استحقاقِ العِوضِ والهِبةِ، فإنِ استُحِقَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ؛ اعْتِبَارًا بِالعِوَضِ الآخَرِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْكُلِّ مِنَ الابْتِدَاءِ، إِذْ بِالاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا عِوَضَ إِلَّا هُوَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إِلَّا لِيُسَلِّمَ لَهُ كُلَّ العِوَضِ وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

غاية البيان

العِوَضُ والهِبةُ هالكةٌ؛ لا يَرْجِعُ على المَوْهُوبِ له أصلًا؛ لأن هلاكَ الهِبَةِ مانعٌ من الرجوعِ، وإنِ استُحِقَّ الهِبةُ والعِوَضُ هالكٌ؛ يَرْجِعُ على الوَاهِبِ بقيمةِ العِوَضِ إنْ لم يَكُنْ له مِثْلٌ، وبمِثْلِه إنْ كان له مِثْلٌ؛ لأنه لم يُسَلِّمْ له مقصودَه مِن العِوَضِ، وهو تأكُّدُ مِلْكِه في الهِبةِ؛ لأنه قال حينَ عوَّضَهُ: هذا عِوَضُ هِبتِكَ، أَوْ بدلُ هِبَتِكَ، فصار كالواهبِ إذا نصَّ على العِوَضِ حالةَ الهِبةِ. إلى هذا أشار شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه، وفي تقريرِه بَسْطٌ.

فأمَّا إذا استُحِقَّ النصفُ مِن أحدِهما: فإنِ استُحِقَّ نصفُ الهِبةِ؛ كان لِلمَوْهُوبِ له أنْ يَرْجِعَ على الوَاهِبِ بنصفِ العِوَضِ؛ لأنه لم يُسَلَّمْ له مقصودَه مِن العِوَضِ في هذا القدرِ، وهذا باتِّفاقِ أصحابِنا.

فأَمَّا إذا استُحِقَّ نصفُ العِوَضِ مِن يدِ الوَاهِبِ ففيه اختلافٌ، قال علماؤُنا الثلاثةُ الوَاهِبُ بالخيارِ: إنْ شاء ردَّ ما بقِيَ مِن العِوَضِ، ورجَع بجميعِ الهِبةِ، وإنْ شاء أمسَك ما بقِيَ، ولم يَكُنْ له أنْ يَرْجِعَ على المَوْهُوبِ له بشيءٍ.

وقال زُفرُ: يَرْجِعُ على المَوْهُوبِ له بنصفِ الهِبةِ، ويُمْسِكُ ما بقِيَ مِن العِوَضِ.

وجهُ قولِ زُفرَ: أنه ثبَتَ بالتعويضِ مُعَاوَضَةٌ بينَ الهِبةِ والعِوَضِ، ثم إذا استُحِقَّ جزءٌ مِن الهِبةِ؛ يَرْجِعُ بقَدْرِ ذلك مِن العِوَضِ على الوَاهِبِ، فكذا إذا استُحِقَّ جزءٌ مِن العِوَضِ يَنْبَغِي أنْ يَرْجِعَ على المَوْهُوبِ له بقَدْرِ ذلك، كما لو استُحِقَّ جزءٌ مِن

قَالَ: وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا؛ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْه؛ لِأَنَّ المَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ.

غاية البيان

العِوَضِ المشروطِ رجَع بما في مقابَلتِه، فكذلك هنا.

ولنا: أنه لَمَّا ظهَر الاستحقاقُ في بعضِ العِوَضِ، تبيَّنَ أن العِوضَ لم يَكُنْ إلَّا هذا القدرَ، وقليلُ العِوَضِ وكثيرُه سواءٌ؛ لأن المُماثلةَ والمُجانسةَ بينَ العِوَضِ والهِبةِ ليست [٦/٢٨٠و/م] بشَرْطٍ، فصار كأن العِوَضَ لم يَكُنْ إلَّا هذا القدرَ مِن الابتداءِ، فلا يَرْجِعُ بشيءٍ في مقابلةِ المُسْتَحقِّ إلا أن للوَاهِبِ الخيارَ في أنْ يَرُدَّ الباقيَ، ويَرْجِعَ في الهِبةِ؛ لأن المَوْهُوبَ له غرَّه حينَ عَوَّضه لإسقاطِ الرجوعِ بشيءٍ لم يَسْلَمْ له.

وليس كذلك إذا استُحِقَّ جزءٌ مِن الهِبةِ، حيثُ يَرْجِعُ بقَدْرِ ذلك مِنَ العِوَضِ؛ لأنه إنما أعطاه ذلك ليَسْلَمَ له جميعُ الهِبةِ، ولم يَسْلَمْ، فيَرْجِعْ بقَدْرِ الفائتِ، ولا يَلْزَمُ علينا إذا شُرِطَ العِوَضُ في العقدِ؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما ملَكَ بمقابلةِ الآخَرِ، فلا جَرَمَ يُوجِبُ استحقاقُ جزءٍ مِن أحدِهما الرجوعَ [٢/٤٧٥و] بعِوَضِه.

قولُه: (قال: وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا؛ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْه)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ: [في][1] رَجُلٍ وَهَب لرَجُلٍ دارًا وقبَضها المَوْهُوبُ له، فعوَّضَه مِن نصفِها عبدًا وقبَضه، فأراد الوَاهِبُ أنْ يَرْجِعَ في نصفِ الدارِ الذي لم يُعَوَّضْ منه، قال: له أنْ يَرْجِعَ في ذلك»[2]. إلى هنا لَفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**»، وذلك لأن الرجوعَ ثابتٌ للوَاهِبِ في كلِّ جزءٍ مِن أجزاءِ المَوْهُوبِ، وإنما المانعُ منه العِوَضُ، فإذا وُجِدَ المانعُ في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٥].

قَالَ: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَراضِيهِما، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ بَيْنَ الْعُلَمَاءِ، ....

غاية البيان

البعضِ؛ سقَط الرجوعُ فيه دونَ غيرِه، كما لو وهَب عبدَيْنِ فعَوَّضه عن أحدِهما.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَراضِيهِما، أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح مختصر الكافي»: «وليس للوَاهِبِ أنْ يَرْجِعَ في هِبتِه عندَ غيرِ قاضٍ؛ لأن العقدَ انعقَد بتراضِيهما، فلا يَنْفَرِدُ بالفسخِ لعدمِ ولايتِه، وإنما تَثْبُتُ الولايةُ للقاضي، فإذا فسَخه [القاضي][2] انْفَسَخ، إلا أنْ يتراضَيا على الفَسْخِ، فيَلْزَمُهما بتراضِيهما.

وإنْ كانتِ الهِبةُ عبدًا، فباعه المَوْهُوبُ له، أوْ أعتَقه قبلَ أنْ يَقْضِيَ القاضي للوَاهِبِ جاز ما صنَع؛ لأن المِلْكَ ثابتٌ له، فتسَلَّط به على هذه التصرُّفاتِ، ولا يَجُوزُ شيءٌ مِن ذلك إنْ فعَله بعدَما قضَى القاضي عليه بالردِّ قبلَ أنْ يَرُدَّ؛ لأن الهبةَ قد انفسخَتْ بفَسْخِ القاضي، فزال المِلْكُ عن الموهوبِ له إلى الواهبِ، فلَمْ يَنْفُذْ تصرُّفُه بعدَ ذلك.

وإنْ مات في يدِ المَوْهُوبِ له بعدَما قضَى القاضي بنَقْضِ الهِبةِ قبلَ الردِّ؛ لم يَضْمَنْ؛ لأن يدَه ليست يدًا مُضَمَّنةً، ولم يُحْدِثْ مَعْنًى تَصِيرُ به اليدُ يدَ ضَمانٍ، حتَّى لو منَعه مِن القبضِ فهلكَتْ في يدِه؛ قُلنا بوجوبِ الضَّمانِ عليه». إلى هنا لَفْظُ شيخِ الإسلامِ المذكورُ.

اعلم: أن [٦/٢٨٠ظ/م] الرجلَ إذا وهَب لغيرِ ذي مَحْرَمٍ منه؛ كان له أنْ يَرْجِعَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

. . . .

فيها ما دامتِ الهِبَةُ قائمةً بعَيْنِها في مِلْكِ المَوْهُوبِ له، ولم تزْدَدْ خيرًا، ولم يُعَوِّضْه عندَنا خلافًا للشَّافعيِّ ﷺ، وإذا ثبَتَ له حقُّ الرجوعِ؛ فلا يَصِحُّ رجوعُه إلا بقضاءٍ أو تراضٍ، ولكن ما المعنى في ذلك؟ تكلَّم المشايخُ فيه.

وجملةُ الكلامِ فيه: ما قال شيخُ الإسلامِ [أبو بكرٍ][1] المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**» فقال: «من مشايخنا مَن قال: إنما لم يَكُنْ للوَاهبِ أنْ يَرْجعَ مِن غيرِ قضاءٍ، ولا رِضًا مِن المَوْهُوبِ له؛ لأن رجوعَ الوَاهبِ في الهِبةِ مختلفٌ فيه، عندَنا يَرْجعُ.

وعندَ الشَّافعيِّ ﷺ: لا يَرْجعُ، فضَعُفَ حقُّه في الرجوعِ بسببِ الاختلافِ، فلَمْ يَعْمَلْ بنفسِه في إيجابِ حُكْمِه ـ وهو الفَسْخُ ـ ما لم ينْضَمَّ إليه قرينةٌ له أثرٌ في إيجابِ الفسخِ ليتقَوَّىٰ به، فيفيدَ حُكْمُه؛ كالهبةِ لَمَّا ضَعُفَ بسببِ التبَرُّعِ، لم يُفِدْ حُكْمُه، وهو إيجابُ المِلْكِ، ما لم يَنْضَمَّ إليها قرينةٌ له أثرٌ في إيجابِ المِلْكِ، حتَّىٰ يتقَوَّىٰ [به][2]، وهو القبضُ، فكذلك هذا.

ولكن قالوا: هذا يُشْكِلُ بالأَمةِ إذا كانت تحتَ حُرٍّ فعتَقَتْ؛ كان لها أن تَخْتَارَ نفسَها مِن غيرِ قضاءٍ، ولا رضًا، وقد اختلفُوا في ثبوتِ الخيارِ لها في هذه الحالةِ، فإن عندَنا لها الخيارُ. **وعندَ الشَّافعيِّ**: لا خيارَ لها[3]. ثم لم يَحْتَجْ هذا الخيارُ إلىٰ قرينةٍ أُخرىٰ ليعْمَلَ هذا الخيارُ عمَلَه في إيجابِ الفَسْخِ علىٰ قولِنا.

وكذلك إذا تصَدَّق علىٰ فقيرٍ، فقَبَلَ التَّسْلِيمِ إليه إذا رجَع صحَّ رجوعُه مِن

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٣٧١/٨]، و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١٧٤/٥]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٩٢/٧].

. . . .

غيرِ قضاءٍ، ولا رِضًا على قولِ [مَن يَقُولُ][١] بثبوتِ حقِّ الرجوعِ له، وثبوتُ حقِّ الرجوعِ في هذه الحالةِ مختلَفٌ فيه، وهذا لأن القضاءَ في المُجْتَهَدِ إنما يُشْتَرطُ ليَثْبتَ بالاتِّفاقِ، لا ليَثْبُتَ حُكْمُه على قولِ [٢/٤٧٥ظ] مَن يَقُولُ بصحَّتِه.

ومِن مشايخِنا مَن قال: إنما لم يَكُنْ للوَاهبِ أنْ يَرْجِعَ في الهِبةِ مِن غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا؛ لأن المَوْهُوبَ له ملَكَ الهِبةَ بالقبضِ رقبةً وتصرُّفًا، والمِلْكُ متى ثبَتَ لأحدِ المتعاقِدَيْنِ رقبةً وتصرُّفًا، وَثَبَتَ للآخَرِ حقُّ الفَسْخِ لفواتِ مقصودٍ مِن مقاصدِ العقدِ؛ لا يَثْبُتُ الفَسْخُ مِن غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا، كما في الردِّ بالعيبِ بعدَ القبضِ، بخلافِ مَن له خيارُ الرُّؤْيةِ، حيثُ يَنْفَرِدُ بالفسخِ بعدَ القبضِ، وإنْ ملَك بالقبضِ رقبةً وتصرُّفًا؛ لأنا احترَزْنا عنه بقولِنا: وَثَبَتَ للآخَرِ حقُّ الفَسْخِ لفوَاتِ مقصودٍ مِن مقاصدِ العقدِ؛ لأن خيارَ الرُّؤْيةِ ما ثبَتَ لفواتِ مقصودٍ مِن مقاصدِ العقدِ وإنْ ملَكَ بالقبضِ رقبةً وتصرُّفًا، لأنَّا احترَزْنا[٢] عنه بقولِنا: وَثَبَتَ للآخرِ حقُّ الفسخِ لفواتِ مقصودٍ مِن مقاصدِ العقدِ؛ بدليلِ [٦/٢٨١و/م] أنه كان له حقُّ الفَسْخِ وإنْ سَلِمَ له جميعُ المقاصدِ من سلامةِ المَبِيعِ، فكان بمنزلةِ مَن له خيارُ الشرطِ يَنْفَرِدُ بالفسخِ؛ لأنه لَمْ يَثْبُتْ له هذا الخيارُ؛ لفواتِ مقصودٍ من مقاصدِ العقدِ، فإنه معَ سلامةِ جميعِ المقاصدِ يَثْبُتُ له حقُّ الفَسْخِ بخيارِ الشرطِ.

فأَمَّا حقُّ الرجوعِ للوَاهِبِ: فإنما يَثْبُتُ لفواتِ مقصودٍ من مقاصدِ هذا العقدِ، وهو العِوَضُ بعدَما ثبَتَ المِلْكُ لِلمَوْهُوبِ له رقبةً وتصرُّفًا، فكان بمنزلةِ خيارِ العيبِ للمُشْتَرِي بعدَ القبضِ.

ومنهم مَن قال: بأن الوَاهبَ في الرجوعِ مستَوْفٍ بدلَ حقِّه بعدَ وقوعِ المِلْكِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «أخبرنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ ....

غاية البيان

لِلْمَوْهُوبِ له رقبةً وتصرُّفًا لا عينَ حقِّه، واسْتِيفَاءُ بدلِ الحقِّ مِن حيثُ الفَسْخِ بعدَما تَمَّ المِلْكُ للعاقدِ رقبةً وتصرُّفًا، لا يَكُونُ إلا بقضاءٍ، أو رِضًا كما في الردِّ بالعيبِ.

وإنما قُلنا: إنه مستَوْفٍ بدلَ حقِّه؛ لأن حقَّ الوَاهِبِ في العِوَضِ، إلا أن الشَّرْعَ نقَلَ حقَّه مِن العِوَضِ إلى الفَسْخِ متَى لَمْ يحْصُلْ له العِوَضُ من جهةِ المَوْهُوبِ له، حتى يَصِلَ إلى رأسِ مالِه، كما جعَل للمُشْتَرِي حقَّ الفَسْخِ بالردِّ بالعيبِ متى لَمْ يحْصُل له مقصودِه، وهو سلامةُ المبيعِ عن العيبِ؛ ليصلَ إلى رأسِ مالِه، فكان المُشْتَرِي بالفسخِ مستوْفِيًا بدلَ حقِّه، لا عينَ حقِّه، فكذلك الوَاهِبُ.

واسْتِيفَاءُ بدلِ الحقِّ لا يَصِحُّ إلا بقضاءٍ، أوْ رِضًا؛ كصاحبِ الدَّيْنِ إذا أراد أنْ يَأْخُذَ دَيْنَه مِن جنسٍ آخرَ مِن مالِ المديونِ؛ لا يَمْلِكُ إلا بقضاءٍ أوْ رِضًا، فكذلك هذا، بخلافِ خيارِ الرُّؤْيةِ وخيارِ الشرطِ، فإنَّ مَن له الخيارُ يَنْفَرِدُ بالفسخِ مِن غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا؛ لأنه بالفسخِ مستَوْفٍ عينَ حقِّه لا بدلَ حقِّه؛ لأنه لَمْ يَثْبُتْ هذا الخيارُ لفواتِ مقصودٍ مِن مقاصدِ العقدِ، فإنه يَثْبُت له الخيارُ معَ سلامةِ جميعِ المقاصدِ.

وإذا لم يَكُنْ مشروعًا بدلًا عن فوَاتِ مقصودٍ من مقاصدِ العقدِ؛ كان الفَسْخُ اسْتِيفَاءَ عينِ الحقِّ، لا بدلَ الحقِّ، واسْتِيفَاءُ عينِ الحقِّ صحيحٌ مِن غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا؛ كصاحبِ الدَّيْنِ إذا استوفى جنسَ حقِّه مِن الدَّيْنِ؛ يَصِحُّ مِن غيرِ قضاءٍ ولا رِضًا، والباقي يُعْلَمُ في «مبسوط خُوَاهَرْ زَادَه».

قولُه: (وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ)، هكذا وقَع استعمالُ الفقهاءِ، ولكنَّه ليس بصحيحٍ.

قال صاحبُ «المغرب»: «الوَهَاءُ: بالمدِّ خطأٌ، والصوابُ: الوَهْيُ»[1].

والضميرُ في (أَصْلِهِ)، راجعٌ إلى الرجوعِ.

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٣٧٥].

وَفِي حُصُولِ المَقْصُود وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالقَضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتْ الهِبَة عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ القَضَاءِ نَفَذَ، وَلَوْ مَنَعَهُ فَهَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيْهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ القَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهَذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ طَلَبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّىٰ، فَإِذَا رَجَعَ بِالقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الأَصْلِ حَتَّىٰ لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لِأَنَّ العَقْدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا حَقَّ الفَسْخِ، فَكَانَ بِالفَسْخِ مُسْتَوْفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لَهُ فَيَظْهَرُ عَلَىٰ الإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ؛

غاية البيان

قولُه: (وَفِي حُصُولِ الْمَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ)، يعني: إن كان مقصودُ الوَاهِبِ من الهِبةِ التودُّدُ والتحَبُّبُ؛ فلا رجوعَ لحصولِ المقصودِ، وإنْ كان مقصودُه العِوَضَ [٢٨١/٦ظ/م] الماليَّ فلا رجوعَ لعدمِ المقصودِ، وفي الحصولِ خفاءٌ، فلا بُدَّ مِن القضاءِ أوِ الرضا.

قولُه: (فَيَظْهَرُ)، أي: الفَسْخُ.

قولُه: (بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ)، يَتَّصلُ بقولِه: (فَإِذَا رَجَعَ بِالْقَضَاءِ، أَوْ بِالتَّرَاضِي؛ يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الْأَصْلِ)، يعني: أن الرجوعَ فسْخٌ مِن الأصلِ، والردُّ [٤٧٦/٢ر] بالعيبِ ليس بفَسْخٍ من الأصلِ؛ لأن حقَّ المُشْتَرِي في سلامةِ المبيعِ، فإذا لم يَسْلَمْ فحينَئذٍ يَثْبُتُ له حقُّ الفَسْخِ.

وفائدتُه: أن المَبيعَ إذا رُدَّ بعدَ القبضِ بقضاءِ قاضٍ يَرُدُّ البائعَ على بائِعِه، وإنْ كان بغيرِ قضاءٍ لا يَرُدُّ على بائِعِه.

وفي الهِبةِ إذا رُدَّ على الوَاهِبِ بقضاءٍ أوْ بغيرِ قضاءٍ؛ يَرُدُّ الوَاهِبُ بالعيبِ على بائعِه، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما ذكَر الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في كتابِ البيوعِ من «مختصره» في بابِ ما يَمْنَعُ الرجوعَ بِالْأَرْشِ: «وإذا أخرَج المُشْتَرِي السلعةَ

. . . .

مِن مِلْكِه، ثم فسَخ المِلْكَ فيه بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ، أوْ بغيرِ قضاءِ قاضٍ قبلَ القبضِ؛ كان المُشْتَرِي في ذلك بمنزلةِ مَن لم يَبِعْ.

وإنْ كان بعدَ القبضِ كان كذلك إذا كان بقضاءٍ، ولا يَرُدُّ إذا كان بغيرِ قضاءٍ، ولا يَرْجِعُ بأَرْشٍ أيضًا، وإنْ رُدَّتْ بخيارِ رُؤْيةٍ أوْ خيارِ المُشْتَرِي قبلَ القبضِ، أو بعدَ القبضِ؛ عاد الأمرُ إلى المُشْتَرِي، كأنه لم يخْرُجْ ذلك عن مِلْكِه، وكذلك إنْ وهبَ ذلك، ثم رجَع فيه بقضاءٍ، أوْ بغيرِ قضاءٍ، وهي الروايةُ المشهورةُ». إلى هُنا لفْظُ الكَرْخِيِّ، وذلك لأنَّ الردَّ بالعيبِ قبلَ القبضِ فسْخٌ مِن الأصلِ في حقِّ الكُلِّ، وبعدَ القبضِ إذا كان بغيرِ قضاءٍ فهو فسْخٌ في حقِّهما، وعقْدٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ.

والفِقهُ فيه: أن قبلَ القبضِ له أنْ يَمْتَنِعَ من القبضِ، فكان هذا تصَرُّفَ دَفْعٍ وامتناعٍ مِنَ القبضِ، وولايةُ الدفعِ عامَّةٌ، فظَهر أثرُه في حقِّ الكُلِّ، ولهذا لا يتوقَّفُ على قضاءِ القاضي.

فأمَّا بعدَ القبضِ: فمُوجِبُ العقدِ قد تناهَى في المقبوضِ، إلَّا أن حقَّه في صفةِ السلامةِ قائمٌ، فإذا لم يَسْلَمْ ثبتَ له حقُّ الفَسْخِ، فجاء مِن هذا أن حقَّ الفَسْخِ في بابِ العيبِ ما ثبَتَ أصلًا؛ لأن الصفقةَ تمَّتْ وتناهَتْ بالقبضِ، وإنما ثبَتَ لغيرِه وهو استدراكُ الحقِّ في صفةِ السلامةِ.

فإنْ حصَل الفَسْخُ بقضاءِ القاضي؛ ظهَر أثرُه في حقِّ الكُلِّ؛ لأنه ثبَتَ بولايةٍ عامَّةٍ، وإنْ كان بتراضِيهما ظهَر أثرُ الفَسْخِ في حقِّهما خاصَّةً، وهذا بخلافِ الردِّ بخيارِ الرُّؤْيةِ وخيارِ الشرطِ، فإنه يَكُونُ فسْخًا في حقِّ الكُلِّ؛ لأن حقَّهُ في الفَسْخِ ثبَتَ أصلًا؛ لأنَّ الجهالةَ بالوصفِ حالَ عدمِ [٦/٢٨٢و/م] الرُّؤْيةِ سَلَب وصْفَ اللزومِ عندَ العقدِ، وأثبتَ له حقَّ الفَسْخِ، وكذلك خيارُ الشرطِ، وإذا كان الخيارُ حقًّا له؛

. . . .

كان بالفسخِ مستوْفِيًا ما كان حقًّا له، وولايةُ اسْتِيفَاءِ الحقِّ تَثْبُتُ على سبيلِ العمومِ، ولهذا لا يتَوَقَّفُ على قضاءِ القاضي.

فإذا ثبَتَ هذا نَقُولُ: إذا رُدَّ قبلَ القبضِ؛ كان له أنْ يَرُدَّ على البائعِ، فإنْ كان بعدَ القبضِ بقضاءٍ؛ فهو كذلك، وبغيرِ قضاءٍ لم يَرُدَّهُ، ولم يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ، وإنْ رُدَّ عليه بخيارِ رُؤْيةٍ أوْ شَرْطٍ؛ ردَّ على البائعِ.

وإنْ وهبَها وسَلَّم، ثم رجَع في الهِبةِ بقضاءٍ، أوْ بغيرِ قضاءٍ؛ فله أنْ يَرُدَّها؛ لأن الرجوعَ عندَنا في الهِبةِ فسْخٌ بكلِّ حالٍ، فصار كَالفَسْخِ بخيارِ الشرطِ.

وعندَ زُفرَ: يَختَلِفُ الحُكْمُ بالقضاءِ وغيرِ القضاءِ[1]. كذا في «الإيضاح» وغيرِه.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «رجلٌ وهبَ لرَجُلٍ هِبةً، وقبضَها المَوْهُوبُ له، ثم وهبَها المَوْهُوبُ له لآخرَ، وسَلَّمها إليه، ثم رجَع فيها، أو ردَّها عليه الآخَرُ؛ فَلِلْوَاهبِ الأَوَّلِ أنْ يَرْجِعَ فيها، وقال زُفرُ: إنْ كان الرجوعُ بقضاءِ القاضي؛ كان للأَوَّلِ أنْ يَرْجِعَ فيها، وإنْ كان بغيرِ قضاءٍ لم يَكُنْ له حقُّ الرجوعِ».

وقال شيخُ الإسلامِ [المعروفُ][2] بخُوَاهَرْ زَادَه: «وكذلك إنْ كان الوَاهِبُ اشترىٰ مِن غيرِه ورجَع فيها برضا المَوْهُوبِ، ثم وجَد به عيبًا؛ كان عندَ البائعِ، فإنه يَرُدُّ على [٤٧٦/٢ظ] بائعِه عندَنا. وعندَ زُفرَ: لا يَرُدُّ.

وجهُ قولِ زُفرَ: أن الرجوعَ في الهِبةِ فسْخٌ يتوقَّفُ على القضاءِ أوِ الرِّضا، فيُعْتَبرُ عَقْدًا جديدًا في حقِّ الثالثِ، كما في الردِّ بخيارِ العيبِ، بخلافِ الردِّ بخيارِ

---

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٢٠٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لَا فِي الفَسْخِ فَافْتَرَقَا.

﴿ غاية البيان ﴾

الرُّؤْيةِ وخيارِ الشرطِ فإنه فسْخٌ؛ لأنه لا يتوقَّفُ على القضاءِ أو الرِّضا.

ولنا: أن الوَاهِبَ بالرجوعِ يَسْتَوْفِي بدلَ حقِّه مِن وجهٍ، وعينَ حقِّه مِن وجهٍ.

أمَّا الأوَّلُ: فباعتبارِ النظرِ إلى مقصودِ الوَاهِبِ مِن هبتِه للأجنبيِّ، وهو العِوَضُ الماليُّ، فصار الفَسْخُ بدلًا عنه.

وأمَّا الثاني: فلأنَّ العِوَضَ ليس بمنصوصٍ عليه في العقدِ، ولا هو ثابتٌ بمُقْتَضى العقدِ؛ لأن الهِبةَ للتمليكِ بغيرِ عِوَضٍ، فكيفَ يَقْتَضِي العِوَضَ؟

ولهذا لم يَكُنْ له المطالبةُ بالعِوَضِ، فاعتبرْنا الفَسْخَ بدلَ الحقِّ في حقِّ الوَاهِبِ، لا عينَ الحقِّ، حتَّى لم يَمْلِكِ الرجوعَ إلا بالقضاءِ أوِ الرِّضا ـ كما في الردِّ [٦/٢٨٢ظ/م] بالعيبِ بعدَ القبضِ ـ وعينَ الحقِّ في حقِّ الثالثِ لا بدلَ الحقِّ؛ كما في خيارِ الشرطِ وخيارِ الرُّؤْيةِ، عمَلًا بالدليلَيْنِ بقَدْرِ الإمكانِ.

ولَمَّا كان الرجوعُ فسْخًا في حقِّ الثالثِ: كان الرجوعُ بالقضاءِ أوِ الرِّضا سواءً؛ لأنه ثبَتَ الفَسْخُ في حقِّ الثالثِ، وإنما أظْهَرنا شَبَهَ عينِ الحقِّ في حقِّ الثالثِ عمَلًا بالشبهَيْنِ؛ لأنا لو اعتبَرْنا شَبَه البدلِ في حقِّ الثالثِ ـ لكونِ العِوَضِ حقَّ الوَاهِبِ باعتبارِ مقصودِه، ولا وقوفَ للثالثِ على مقصودِه ـ لكانَ اعتبارُه في حقِّ الوَاهِبِ أَوْلَى؛ لأنه واقفٌ على مقصودِه، فيتعذَّرُ العملُ بالشبهَيْنِ حينَئذٍ.

فلا جَرَمَ أظْهَرْنا شَبَه البدلِ في حقِّ الوَاهِبِ؛ لأنه أعلمُ بمقصودِه، وشَبَهَ عينِ الحقِّ في حقِّ الثالثِ؛ لأن التنصيصَ لم يَرِدْ على العِوَضِ، وذلك أمْرٌ ظاهرٌ يَقِفُ عليه الثالثُ». إلى هذا أشار خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»، ولكنْ في تقريرِه طُولٌ حاصِلُه هذا.

قولُه: (فَافْتَرَقَا)، أي: افترق الرجوعُ في الهِبةِ بالتراضِي، والردُّ بالعيبِ بعدَ

قَالَ: وَإِذَا تَلِفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ، وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ، وَضَمَّنَ الْمَوْهُوبَ لَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةَ، وَهُوَ

غاية البيان

القبضِ بالتراضي؛ لأن الرجوعَ فسْخٌ مِن الأصلِ، والردُّ بالعيبِ ليس بفَسْخٍ مِن الأصلِ؛ لأنَّ سلامةَ المبيعِ هو الأصلُ، فإذا لم يَسْلَمْ ثبتَ حقُّ الفَسْخِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَلِفَتِ الْعَيْنُ الْمَوْهُوبَةُ، وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ، وَضَمَّنَ الْمَوْهُوبَ لَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْوَاهِبِ بِشَيْءٍ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1]، وهذا إذا لم يُعَوِّضْهُ، فإذا كان ثَمَّةَ عِوَضٌ؛ رجَع بكلِّ العِوَضِ إذا استُحِقَّ جميعُ الهِبةِ، وبقَدْرِ المُسْتَحقِّ مِن الهِبةِ إذا استُحِقَّ البعضُ، وقد مَرَّ بيانُهُ.

وإنما لم يَكُنْ له الرجوعُ فيما إذا لم يُعَوِّضْهُ؛ لأن الهِبةَ تَبَرُّعٌ، والضَّمانُ يُنَافِيهِ، ولأنَّ الرجوعَ إنما يَثْبُتُ إذا غرَّه، والغُرُورُ إنما يَثْبُتُ في عَقْدٍ فيه بدلٌ كالبَيْعِ، أو قبْضٌ يقَعُ للدافعِ كالوَدِيعَةِ، أو في الأمرِ بالتصرُّفِ في شيءٍ يُضِيفُه إلى نفسِه، مِثْلُ أن يَقُولَ: اهْدِمْ هذا الحائطَ فإنه لي، ولم يُوجَدْ شيءٌ مِن ذلك، فلَمْ يَثْبُتْ له الرجوعُ[2]. كذا في «**شرح الأقطع**».

وقال الأُسْتَرُوشَنِيُّ في الفصلِ السابعِ من «**فصوله**»: «والمُسْتَعِيرُ إذا هلكَتِ العَارِيَّةُ في يدِه، ثم استحقَّها رجلٌ بِالبَيِّنةِ وضَمَّنه قيمتَها؛ لا يَرْجِعُ على المُعِيرِ بما ضَمِن، ولو هلكَتِ الدَّابَّةُ في يدِ المُرْتَهِنِ، أو المُودَعِ، أوِ المُسْتَأْجِرِ، ثم استحقَّها رجلٌ بِالبَيِّنَةِ، وأخَذ القِيمةَ منه؛ كان له أنْ يَرْجِعَ [٦/٢٨٣و/م] على الرَّاهنِ أو المُودِعِ، أو المُؤْجِرِ».

ثم قال في «الفصول»: «ورأيتُ في «**مختصر العصام**»[3]: لو وهَب ما غصب

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٢٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٩٤].

(٣) **مختصر العصام**: هو «مختصر كتاب الأصل/ لمحمد بن الحسن الشيباني»، لأبي عِصْمة عِصَام بن

غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، والغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ، لَا فِي غَيْرِهِ.

قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ الْعِوَضِ؛ اعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي الْعِوَضَيْنِ، وَتَبْطُلُ بِالشُّيُوعِ؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً فَإِنْ تَقَابَضَا صَحَّ العَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ البَيْعِ يُرَدُّ بِالعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَيُسْتَحَقُّ فِيهِ الشُّفْعَةُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً.

غاية البيان

أو باع أو تصدَّق أو آجَر أو رهَنَ أو أوْدَعَ أو أعار فهلَك؛ ضَمِنوا قيمتَه، ولا يَرْجِعُ المَوْهُوبُ له، والمتصدَّقُ عليه، والمُسْتَعِيرُ بما ضَمِنُوا على الغَاصِبِ، ويَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ والمُودَعُ والمُرْتَهِنُ بِالقِيمةِ عليه، ويَرْجِعُ المُشْتَرِي بِالثَّمنِ عليه، ولا يَرْجِعُ السَّارِقُ مِن الغَاصِبِ، ولا غَاصِبِ الغَاصِبِ.

قولُه: (والغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ، لَا فِي غَيْرِهِ)، فيه نَظَرٌ[١]؛ لأن المُودَعَ يَرْجِعُ معَ أن عَقْدَ المُعَاوَضَةِ لم يُوجَدْ، وكذا في صورةِ هَدْمِ الحائطِ [٢/٤٧٧و]، وقد مَرَّ [ذلك][٢] آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ الْعِوَضِ؛ اعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي الْعِوَضَيْنِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره». وتمامُه فيه: «فإنْ تقابَضا صحَّ العقدُ، وصار في حُكْمِ البَيْعِ يُرَدُّ بالعيبِ، وخيارُ الرُّؤْيةِ، ويُسْتَحَقُّ فيه الشُّفْعَةَ»[٣].

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإذا كانتِ الهِبةُ على شَرْطِ عِوَضٍ؛ فقال: أهبُ لك هذا العبدَ على أنْ تُعَوِّضَني هذا الثوبَ؛ جاز ذلك، ولكلِّ واحدٍ منهما أنْ يَرْجِعَ في سِلْعَتِه ما لم يُوجَدِ القبضُ في السلعتَيْنِ جميعًا.

يوسف بن مَيمون بن قُدَامَة البَلْخِيُّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(١) علق عليه العيني بقوله: لقائل أن يقول: رجوع المودع بما ضمنه، لكونه عاملًا للمودع لا للغرور كما ذكرناه. ينظر: «البناية شرح الهداية» [٢٠٤/١٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

وَقَالَ زُفَرُ والشَّافِعِيّ: هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّ فِيْهِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعِوَضٍ، وَالعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ بَيْعُ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إِعْتَاقًا.

غاية البيان

فإنْ قبَضَ أحدُهما ولم يقْبِضِ الآخرُ، فكذلك لكلِّ واحدٍ منهما أنْ يَرْجِعَ، القابضُ منهما وغيرُ القابضِ في ذلك سواءٌ، حتى يَتَقابَضَا جميعًا، فإذا تقابَضا جميعًا؛ كان ذلك بمنزلةِ البَيْعِ.

ولكلِّ واحدٍ منهما أنْ يَرُدَّ بالعيبِ، ويَأْخُذَ ما أَعْطَى، فإنِ استُحِقَّ أحدُهما رجَع الذي استُحِقَّ عليه على صاحبِه بما قبَضَ صاحبُه منه، وإنْ كان مُسْتهلَكًا ضَمَّنه، وإنْ كانتِ الهِبةُ دارًا والعِوَضُ دارًا؛ كان للشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ في الدارِ بقيمةِ البدلِ الذي شُرِطَ عنها»[١]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وقال شيخُ الإسلامِ [علاءُ الدِّينِ][٢] الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ: «رجلٌ وهبَ لرجُلٍ عبدًا على أنْ يُعَوِّضَهُ ثوبًا، واتَّفقا على ذلك، فلَمْ يقْبِضْ واحدٌ منهما حتَّى امتنَع أحدُهما منه فله ذلك، وهذا عندَنا خلافًا لزُفرَ؛ لأنَّ الهِبةَ بشرطِ التَّعْويضِ مُعاوضَةٌ ابتداءً وانتهاءً عندَه، فصار كما لو قال: وهبتُك هذا بهذا العِوَضِ.

وأحدُ قَوْلَي الشَّافعيِّ ﷺ كقولِ زُفرَ[٣]. كذا في «**شرح الأقطع**».

ويَنْبَغِي لك أنْ تعرِفَ: أن الخلافَ فيما إذا وهبَ كذا على أنْ يُعَوِّضَه كذا، أمَّا إذا وهبَ كذا بهذا العِوَضِ؛ فهو بَيْعٌ بالاتِّفاقِ.

والحاصلُ: أن [٦/٢٨٣ظ/م] الهِبَةَ بشَرْطِ العِوَضِ عندَ علمائِنا تَبَرُّعٌ ابتداءً بَيْعٌ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٩٤].

وَلَنَا: أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ [illegible] فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمْكَنَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وَقَدْ أَمْكَنَ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ مِنْ حُكْمِهَا تَأَخُّرُ الْمِلْكِ إِلَى الْقَبْضِ، وَقَدْ يَتَرَاخَى عَنِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْبَيْعُ مِنْ حُكْمِهِ اللُّزُومُ. وَقَدْ تَنْقَلِبُ الْهِبَةُ لَازِمَةً

بيعًا؛ أعني: إذا اتَّصلَ القبضُ بالبدلَيْنِ.

وعند زُفَرَ: يَنْعَقِدُ بيعًا من الابتداءِ، حتى يَثْبُتَ المِلْكُ قبلَ القبضِ، وتَجِبُ الشُّفعةُ، ولا يَرْجِعُ واحدٌ منهما قبلَ التَّسليمِ، ويَثْبُتُ خيارُ الرُّؤيةِ والردُّ بالعيبِ قبلَ القبضِ، ويَجُوزُ في مَشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمةَ، وعندَنا: لا يَثْبُتُ شيءٌ مِن هذه الأحكامِ قبلَ القبضِ.

وجهُ قولِ زُفَرَ: أنَّ الهِبةَ بشَرْطِ العِوَضِ تبَرُّعٌ لفظًا، مُعاوضةٌ معنًى، والجمعُ بينَ التَّبرُّعِ والمُعاوضةِ مُتعذِّرٌ للتنافي بينَهما، فكانَ اعتبارُ المعنى أَوْلَى؛ لأنَّ الاعتبارَ في العقودِ للمعاني، ولهذا كانَ الهِبةُ المضافةُ إلى الحُرَّةِ نكاحًا اعتبارًا للمعنى، وإنْ كانَ اللفظُ لفظَ التَّبرُّعِ.

وكذا إذا قال: وهبتُكَ مَنافعَ داري كلَّ شهرٍ بدرهمٍ، أوْ قال: أعرتُكَ داري كلَّ شهرٍ بدرهمٍ؛ يَنْعَقِدُ إجارةً عملًا بالمعنى، وسقَطَ اعتبارُ اللفظِ، وكذا إذا باعَ نفسَ العبدِ منه؛ كان إعتاقًا لا بيعًا عملًا بالمعنى.

ولنا: أن الهِبةَ بشَرْطِ العِوَضِ لَمَّا كانت تبرُّعًا لفظًا مُعاوضةً معنًى؛ جعلناها تبرُّعًا ابتداءً ومُعاوضةً انتهاءً؛ لأن العملَ بهما في الحالَيْنِ مُمْكِنٌ ليس بمتعذِّرٍ؛ كالإقالةِ لَمَّا كانت فسخًا لفظًا مُعاوضةً معنًى؛ جُعِلَتْ فسخًا في حقِّ العاقدَيْنِ عقدًا جديدًا في حقِّ غيرِهما، حتى كان لِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ، فكذا هنا يُرَاعَى جميعُ أحكامِ التَّبرُّعِ قبلَ قبْضِ البدلَيْنِ عملًا باللفظِ، ويُرَاعَى جميعُ أحكامِ البَيْعِ بعدَ القبضِ عملًا بالمعنى.

بِالتَّعْوِيْضِ فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا، بِخِلافِ بَيْعِ نَفْسِ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ البَيْعِ فِيْهِ، إِذْ هُوَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِنَفْسِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

بخلافِ الهِبةِ المُضَافةِ إلىٰ الحُرَّةِ؛ لأن العملَ باللفظِ ليس بمُمكنٍ؛ لأنَّ محلَّ الهِبةِ مالٌ عينٌ، والحُرَّةُ ليست بمالٍ، فكان المرادُ منه النِّكَاحَ مجازًا، وبخلافِ هِبَةِ مَنافعِ الدارِ [بكذا][1]؛ لأن العملَ باللفظِ ليس بمُمْكِنٍ؛ لأن محلَّ الهِبةِ مالٌ عينٌ لا مَنَافعُ.

وأمَّا مسألةُ العَارِيَّةِ فغيرُ مُسَلَّمةٍ. كذا قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه؛ لأنها [٤٧٧/٢ظ] تَنْعَقِدُ تبرُّعًا ابتداءً، ثم تَصِيرُ مُعَاوضةً عندَ التقابُضِ؛ لأن العَارِيَّةَ أُضِيفَتْ إلىٰ محلِّها، فوجَب اعتبارُ اللفظِ والمعنىٰ جميعًا، وبخلافِ بَيْعِ العبدِ مِن نفسِه؛ لأنه لا يُمْكِنُ اعتبارُ اللفظِ؛ لأنه ليس بأهلٍ للمِلْكِ، فاعْتُبِرَ المعنىٰ.

هذا الذي قُلنا مِن ثبوتِ الشُّفْعَةِ لِلشَّفِيعِ فيما إذا كانتِ الهِبَةُ بشرطِ العِوَضِ، أمَّا إذا كانت بغيرِ شرْطِ العِوَضِ، ثم عُوِّضَ المَوْهُوبُ له فلا شُفْعةَ؛ لأن أَصْلَ الدارِ مُلِكَ قبلَ التَّعْوِيضِ، والعِوَضُ ثبَتَ به تأكُّدُ المِلْكِ، نصَّ علىٰ ذلك في «**الأصل**»[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٨٢/٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

فَصْــلٌ

قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا ؛ صَحَّتِ الهِبَة وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحِلٍّ يَعْمَلُ فِيْهِ العَقْدُ، وَالهِبَة لَا تَعْمَلُ فِي الحَمْلِ

غاية البيان

فَصْــلٌ

مسائلُ هذا الفصلِ بمنزلةِ مسائلَ شتَّى تُذْكَرُ في آخرِ الكُتُبِ، فلأجلِ هذا [٦/٢٨٤و/م] ذكرَها في آخرِ كتابِ الهِبةِ في فصْلٍ على حِدَةٍ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا ؛ صَحَّتِ الْهِبَةُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

والأصلُ فيه: أن ما يَجُوزُ إيرادُ العقدِ عليه بانفرادِه ؛ جاز استثناؤُه، وما لا فلا، ثم الحملُ لا يَجُوزُ هِبَته لاحتمالٍ فيه، فلَمْ يَجُزِ استثناؤُه، وقد مَرَّ الأصلُ في أوَّلِ «كتابِ البيوعِ» عندَ قولِه: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً)، ومرَّ في بابِ البَيْعِ الفاسدِ أيضًا عندَ قولِه: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا ؛ فَسَدَ الْبَيْعُ)، فإذا كان كذلك ؛ كان الاستثناءُ شرطًا فاسدًا، فبطَل الشرطُ وصحَّتِ الهِبةُ ؛ لأن الهِبةَ لا تَبْطُلُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ ؛ بدليلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أبطلَ شرْطَ المُعْمِرِ وجَوَّز الهِبةَ.

وإنما لَمْ تَجُزْ هِبَةُ ما في البطنِ ؛ لأنَّ محلَّ الهِبةِ مالٌ قائمٌ مملوكٌ للوَاهِبِ وَقْتَ العقدِ، وفي قيامِ الولدِ وماليَّته شكٌّ وَقْتَ الهِبةِ ؛ لاحتمالِ الانتفاخِ مِن الريحِ، واحتمالِ كونِ الجنينِ ميِّتًا، فوقَع الشكُّ في الوجودِ والماليَّةِ، فلا يَكُونُ محلًّا للْهِبةِ بالشكِّ.

بخلافِ الوَصيَّةِ بما في بطْنِ الجاريةِ، أو الخُلْعِ عليه، فإنه يَجُوزُ إذا وَلَدَتْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

لِكَوْنِهِ وَصْفًا عَلَىٰ مَا بَيْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ فَانْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالهِبَة لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوط الفَاسِدَةِ، وَهَذَا هُوَ الحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ؛

غاية البيان

لأقلَّ مِن ستَّةِ أشهرٍ؛ لأن الوَصيَّةَ بِالمَعْدُومِ مِن كلِّ وَجهٍ جائزٌ، كما إذا أوصىٰ بما يُثْمِرُ نَخِيلُه العامَ، ففي المَعْدُومِ مِن وَجهٍ دونَ وَجْهٍ أَوْلَىٰ؛ لأن ما في البطنِ يَحْتَمِلُ الوجودَ والماليَّةَ وَقْتَ العقدِ، كما إذا وهَب ما يُثْمِرُ نَخِيلُه العامَ، والخُلْعُ يَجُوزُ إضافتُه إلىٰ المَعْدُومِ، كما إذا قال: خالِعْنِي علىٰ ما في يَدِي، وليس في يَدَيْهِ شيءٌ.

ويَجُوزُ إضافتُه إلىٰ ما ليس بمالٍ أيضًا؛ كَالمَيْتَةِ والخَمْرِ والخنْزيرِ، إلا أنه يَقَعُ مجّانًا، وإذا جاز إضافتُه إلىٰ المَعْدُومِ، وإلىٰ ما ليس بمالٍ؛ جاز إضافتُه إلىٰ ما يَحْتَمِلُ الوجودَ والماليَّةَ بالطريقِ الأَوْلَىٰ، والهِبَةُ لا تَصِحُّ إضافتُها إلىٰ مَعْدُومٍ بيقينٍ، وإلىٰ ما ليس بمالٍ بيقينٍ، فكذا إذا وقَع الشكُّ في وجودِ المحَلِّ وماليَّتِه وَقْتَ العَقْدِ كَالبَيْعِ.

ثم لما في البطنِ في العقدِ علىٰ ما قال في بابِ المصرَّاةِ مِن «**شرح الطَّحَاويِّ**» مراتبُ ثلاثةٌ؛ في وَجْهٍ: العقدُ فاسدٌ، والاستثناءُ فاسدٌ، وفي وَجْهٍ: العقدُ جائزٌ والاستثناءُ فاسدٌ، [وفي وَجْهٍ: العقدُ جائزٌ والاستثناءُ جائزٌ](١).

أمَّا الوجهُ الذي فيه العقدُ فاسدٌ والاستثناءُ فاسدٌ: فهو البَيْعُ، والإِجَارةُ، والكِتَابةُ، والرَّهْنُ؛ لأن هذه العقودَ تُبْطِلُها الشروطُ الفَاسِدَةُ، واستثناءُ ما في البطنِ بمنزلةِ الشرطِ الفاسدِ.

وأمَّا الوجهُ الذي يَجُوزُ العقدُ ويَبْطُلُ الاستثناءُ: فَالهِبةُ، والصَّدَقةُ، والنِّكَاحُ، والخُلْعُ، والصُّلْحُ مِن دمِ العمدِ [٦/٢٨٤ظ/م]؛ لأن هذه العقودَ لا تُبْطِلُها الشروطُ الفَاسِدَةُ، فيصحُّ العقدُ، ويَبْطُلُ الاستثناءُ، ويَدْخُلُ في العقدِ الأُمُّ والولدُ جميعًا، وكذلك العتقُ إذا أعتقَ الجاريةَ واستثنى ما في بَطْنِها؛ صحَّ العتقُ، ولم يَصِحَّ الاستثناءُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّهَا لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوط الفَاسِدَةِ، بِخِلافِ البَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّها تَبطُلُ بِهَا.

غاية البيان

وأمَّا الوجهُ الذي يَجُوزُ كلاهُما: الوَصِيَّةُ إذا أوصىٰ لرَجُلٍ بجاريةٍ، واستثنىٰ ما في بطنِها، فإنه يَصِحُّ؛ لأن الوَصِيَّةَ [٤٧٨/٢و] أختُ الميرَاثِ، وقد جعلَ الجاريةَ وَصِيَّةً وما في بطنِها ميراثًا، والمِيرَاثُ يجْرِي فيما في البطنِ، وليس هذا كما إذا أوصىٰ بجاريةٍ لرجلٍ، واستثنىٰ خدمتَها، أو غلَّتَها للورثةِ؛ فالوَصِيَّةُ صحيحةٌ والاستثناءُ باطلٌ؛ لأن الخدمةَ والغَلَّةَ لا يَجْرِي فيهما المِيرَاثُ دونَ الأصلِ.

أَلَا تَرىٰ أنه لو أوصىٰ بخدمَتِها وغلَّتِها لإنسانٍ، ثم مات المُوصَىٰ له بعدَما صحَّتِ الوَصِيَّةُ، فإنَّهُما يَعُودانِ إلىٰ ورثةِ المُوصِي، فلا تَكُونُ الخدمةُ والغَلَّةُ مَوْرُوثةً عن المُوصَىٰ له، ولو أوصىٰ بما في بطْنِ جاريتِه لإنسانٍ ـ والمسألةُ بحالِها ـ فإنَّ الولدَ يَكُونُ مَوْروثًا عن المُوصَىٰ له.

وإذا أوصىٰ برقَبَتِها لإنسانٍ وبما في بطنِها لآخَرَ، فمات المُوصَىٰ له بالولدِ؛ عاد المِلْكُ إلىٰ وارثِه، ولو أوصىٰ برقَبَتِها لإنسانٍ، وبغلَّتِها وخدمَتِها لآخَرَ، فمات المُوصَىٰ له بالغَلَّةِ عاد المِلْكُ إلىٰ صاحبِ الرَّقَبَةِ دونَ ورثةِ المُوصَىٰ له بالغَلَّةِ والخدمةِ.

وكذلك لو أن المُوصَىٰ له بالغَلَّةِ والخدمةِ مات قَبْلَ موتِ المُوصِي، أوْ ردَّ وصِيَّتَهُ، وقد أوصىٰ المُوصِي برقَبَتِها لآخَرَ؛ فإن الغَلَّةَ والخدمةَ تَعُودُ إلىٰ المُوصَىٰ له بالرَّقَبةِ، ولا تَكُونُ لورثةِ المُوصَىٰ له.

ومِثْلُه لو أن المُوصَىٰ له بالولدِ مات قبلَ موتِ المُوصِي، أو ردَّ الوصِيَّةَ؛ لم يَعُدْ إلىٰ المُوصَىٰ له بالرَّقَبةِ، ولكن يَعُودُ إلىٰ ورثةِ المُوصِي، فلذلك افترقا.

ولو أوقَع العقودَ علىٰ ما في البطنِ، أمَّا عقدُ البَيْعِ: فلا يَجُوزُ، وكذلك الكِتَابةُ

. . . .

عليه لا يَجُوزُ، وإنْ قَبِلَتِ الأُمُّ عنه، وكذلك الهِبةُ والصَّدَقَةُ: لا تَجُوزُ وإنْ سلَّمَ الأُمُّ إلى المَوْهُوبِ له، ولو تزوَّج عليه، فالتَّسْمِيةُ باطلةٌ، ويَجِبُ مهرُ المِثْلِ.

ولو صالَح عن القِصَاصِ على ما في البطنِ فإن الصُّلْحَ صحيحٌ، ويَبْطُلُ القِصَاصُ والتَّسْمِيةُ فَاسِدَةٌ، ويَكُونُ للولِي على القاتلِ الدِّيَةُ؛ لأن هذه العقودَ تَصِحُّ على ما هو مالٌ، والولدُ ليس بمالٍ ما دام في البطنِ، ولو أنه أعتقَ ما في البطنِ، فإنه يَصِحُّ إذا عُلِمَ به أنه كان موجودًا في البطنِ وَقْتَ العتقِ.

وإنما يُعْلَمُ وجودُه إذا جاءَتْ [به][1] لأقلَّ مِن ستَّةِ أشهُرٍ مِن وَقْتِ العِتقِ، فإنْ جاءت به لستَّةِ أشهُرٍ فصاعدًا لَمْ يَعْتِقْ؛ لأنه لم يُعْلَمْ وجودُه وَقْتَ العِتقِ، فلا يَعْتِقُ بالشكِّ إلا إذا كانتِ الأَمةُ في عِدَّةِ زوجٍ؛ فإنه يُحْكَمُ بوجودِ الولدِ إلى سنتَيْنِ مِن وقتِ العُلُوقِ في حقِّ ثبوتِ النسبِ، فكذلك في حقِّ العَتاقِ.

وإنما [٦/٢٨٥و/م] جاز عِتْقُ ما في البطنِ؛ لأن العتقَ يُنَافِي الرقَّ، وما في البطنِ مرْقُوقٌ، وكذلك الوَصِيَّةُ بما في البطنِ تَصِحُّ إذا عُلِمَ وجودُه في البطنِ وَقْتَ الوَصِيَّةِ؛ لأن الوَصِيَّةَ أختُ المِيرَاثِ، والمِيرَاثُ يجْرِي فيما في البطنِ، كذلك الوَصِيَّةُ.

ولو خالَع امرأتَه على ما في بطْنِ جارِيَتِها؛ فالخُلْعُ واقعٌ، وللزوجِ الولدُ إذا كان موجودًا في البطنِ وَقْتَ الخُلْعِ، وإنْ لم يَكُنْ موجودًا ـ كما إذا جاءَتْ به لستَّةِ أشهُرٍ فصاعدًا ـ فلا سبيلَ للزوجِ على ما في البطنِ.

ولكنه يُنْظَرُ، إنْ قالتِ: اخلَعْنِي على ما في بطْنِ جاريتي، ولم يَقُلْ: «من ولدٍ»؛ فلا شيءَ له عليها، ولو قالت: «من الولدِ»؛ فإنه يَرْجِعُ عليها بما ساق إليها من المهرِ؛ لأنها غرَّتِ الزوجَ حينَ قالت: «من ولدٍ»، وليس في بطْنِها ولدٌ، وإذا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا، ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلَىٰ مُلْكِهِ فَأَشْبَهَ الاسْتِثْنَاءَ، وَلَو دَبرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ بَقِي عَلَىٰ

غاية البيان

لم تَقُلْ: «منِ ولدٍ»؛ لم تَغُرَّه، وهذا كما قُلنا في المرأةِ، كما قالت لزَوْجِها: اخْلَعْنِي علىٰ ما في يدي، أوْ علىٰ ما في صندوقي هذا مِن شيءٍ، أوْ لم تَذْكُرْ شيئًا، فإنْ كان فيه شيءٌ فللزوجِ، وإنْ لم يَكُنْ فيه شيءٌ؛ فلا يَرْجِعُ الزوجُ عليها بشيءٍ؛ لأنها لم تَغُرَّه حيثُ لم تُسَمِّ له مالًا، فأمَّا إذا قالت: اخلعْنِي علىٰ ما في صندوقِي هذا مِن مَتَاعٍ؛ فإنْ كان فيه شيءٌ مِن مَتَاعٍ؛ فهو له، وإنْ لم يَكُنْ يَرْجِعُ عليها بما ساق لها من المهرِ. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا، ثُمَّ وَهَبَهَا [٢/٤٧٨ظ] جَازَ)، وهذه من مسائلِ [«الأصل»(١)](٢)، ذكرَها تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ، فَرَّقَ بينَ هذا وبينَ البَيْعِ، فإنه إذا باع الجاريةَ وفي بطْنِها ولدٌ حُرٌّ لا يَجُوزُ البَيْعُ.

والفرقُ: أن الولدَ الحُرَّ صار مُسْتَثْنَىٰ شرْعًا مِن عَقْدِ الهِبةِ والبَيْعِ بِالحُرِّيَّةِ، فاعْتُبِر بما لو كان مُسْتَثْنَىٰ شرطًا، فإنه لو باع واستثْنَىٰ الحَمْلَ، لا يَصِحُّ البَيْعُ؛ لأنه شرْطٌ لا يَقْتَضِيه العقدُ، وفيه لأحدِ المتعاقدَيْنِ مَنْفَعَةٌ، فكان شرطًا فاسدًا، فيَفْسُدُ البَيْعُ به، بخلافِ الهِبةِ، فإنها لا تَبْطُلُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أجاز العُمْرَىٰ وأبطلَ شرْطَ المُعْمِرِ(٣).

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٧٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) قال ابنُ حجر: «حديث: «أن النبي ﷺ أجاز العُمْرَىٰ وأبطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ». قلت: هو بالمعنىٰ مما رواه مسلم [في كتاب الهبات/ باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (رقم/١٦٢٥)] مِن طريق أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَىٰ فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا، وَلِعَقِبِهِ».

وأخرجه أبو داود [في كتاب البيوع/ باب من قال فيه ولعقبه (رقم/٣٥٥٧)]، من طريق طَارِقٍ=

مُلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الاسْتِثْنَاءِ، وَلَا يُمْكِنُ تَنْفِيذَ الهِبَةِ فِيْهِ لِمَكَانِ التَّدْبِيرِ فَبَقِي هِبَةَ المَشَاعِ أَوْ هِبَةَ شَيءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ المَالِكِ.

غاية البيان

وفَرَّقَ بينَ التَّدْبِيرِ والإعتاقِ أيضًا: فإنه لو أعتقَ ما في البطنِ، ثم وهَب جازَتِ الهِبةُ، ولو دَبَّرَهُ ثم وهَب الأُمَّ؛ لا تَجُوزُ الهِبةُ، وذلك لأن الهِبةَ مشغولةٌ في صورةِ التَّدْبِيرِ بمِلْكِ الوَاهِبِ، وفي صورةِ الإعتاقِ ليست بمشغولةٍ، فافتَرقا.

بيانُه: أن الإعتاقَ مُزِيلٌ للمِلْكِ واليدِ عن الولدِ، فأَمْكَن تسليمُ الأُمِّ غيرَ مشغولةٍ بحقِّ الوَاهِبِ، فصَحَّتِ الهِبةُ بخلافِ التَّدْبِيرِ؛ لأنه لا يُزِيلُ المِلْكَ واليَدَ عن الولدِ، وهو في يدِه، فيَمْتَنِعُ به تمامُ التَّسْلِيمِ، فلم تَصِحَّ الهِبةُ، وليس التَّدْبِيرُ كالاستثناءِ؛ لأن في الاستثناءِ يُمْكِنُ تَنْفِيذُ الهِبةِ في الحملِ، وفي التَّدْبِيرِ لا يُمْكِنُ؛ لأنه لا يَقْبَلُ النقلَ مِن مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ.

قال في «الأجناس»: «ولهذا الجنسِ مسائلُ، وجملتُه: أن الهِبةَ [٦/٢٨٥ظ/م] متىٰ كانت مشغولةً بغيرِ الهِبةِ لم يَجُزْ، وغيرُ الهِبَةِ متىٰ كانت مشغولةً بِالْهِبةِ؛ جازتِ الهِبَةُ، كما لو وهبَ حِنْطَةً في الجُوَالقِ دونَ الجُوَالقِ، أو متاعًا في الدارِ دُونَها، وسَلَّم إليه جاز؛ لأن الجُوَالِقَ والدارَ هما مشغولتان بِالْهِبةِ، فصَحَّتِ الهِبةُ، وبمِثْلِه: لو وهَب دارًا فيها متاعُ الوَاهبِ؛ لم يَجُزِ الهِبةُ، وكذلك لو وهَب جُوالِقًا فيها مَتاعُ الوَاهِبِ.

وفي «نوادر هشام»: قال أبو حنيفةَ: «إذا وهبَ أرضًا لابنِه الصغيرِ، وفيها زَرْعُ الأبِ، أوْ وهبَ منه دارًا والأبُ فيها ساكنٌ؛ لَمْ تَجزِ الهِبةُ فيهما».

وقال في «الهاروني» و«المجرَّد»: «قال أبو حنيفةَ في رَجُلٍ تصَدَّق علىٰ ابنِ

= الْمَكِّيِّ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، قَالَ: قَضَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ فِي امْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْطَاهَا ابْنُهَا حَدِيقَةً مِنْ نَخْلٍ، فَمَاتَتْ، فَقَالَ ابْنُهَا: إِنَّمَا أَعْطَيْتُهَا حَيَاتَهَا وَلَهُ إِخْوَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**هِيَ لَهَا حَيَاتَهَا وَمَوْتَهَا**»، قَالَ: كُنْتُ تَصَدَّقْتُ بِهَا عَلَيْهَا، قَالَ: «**ذَلِكَ أَبْعَدُ لَكَ**»، وصحَّحه ابن القطان».

فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُعْتِقَهَا، أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ وَهَبَ دَارًا، أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا؛ فَالهِبَة جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ تُخَالِفُ

غاية البيان

صغيرٍ بدارٍ له، وفيها مَتَاعُ الرَّجُلِ، أوْ كان الأبُ فيها ساكنًا، أوْ فيها مَتَاعٌ له، وليس ساكنًا فيها، أوْ قومٌ سُكَّانٌ بغيرِ أجْرٍ جازَتْ، وكان قابضًا لابنِه، ولو كان فيها سُكَّانٌ بأجْرٍ كانتِ الصَّدَقةُ باطلًا»[١]. إلىٰ هنا لفْظُ «الأجناس».

قولُه: (فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، أَوْ عَلَىٰ أَنْ يُعْتِقَهَا، أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ، أَوْ وَهَبَ دَارًا، أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا، أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا؛ فَالْهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ).

قال في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في رَجُلٍ وهبَ لرجلٍ جاريةً علىٰ أنْ يُردَّها عليه، قال: الهِبةُ جائزةٌ، والشرطُ باطلٌ»[٢]. وهذه مِن الخواصِّ.

قال[٣]: «وكذلك لو وهَبَها علىٰ أنْ يُعْتِقَها المَوْهُوبُ له، أو علىٰ أنْ يَتَّخِذَها أُمَّ ولدٍ»[٤].

وقال فيه قبلَ هذا: «عن يَعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في الرجلِ يهَبُ للرجلِ هِبةً، أو يَتَصَدَّقُ عليه بصدقةٍ، علىٰ أنْ يَرُدَّ عليه ثُلُثَها، أوْ رُبعَها، أو بعْضَها، أوْ يُعَوِّضَه ثُلُثَها، أوْ رُبْعَها، قال: الهِبةُ جائزةٌ، ولا يَرُدُّ عليه، ولا يُعَوِّضُه منها شيئًا»[٥]. إلىٰ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٥٣٢/١].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٥ - ٤٣٦].
(٣) أي في: «الجامع الصغير».
(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦].
(٥) ينظر: المصدر السابق [ص/٤٣٥].

مُقْتَضَى العَقْدِ فكَانَتْ فَاسِدَةً ، والهِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِهَا ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ العُمْرَىٰ وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمَرِ بِخِلافِ البَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ ؛ وَلِأَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي مَعْنَىٰ الرِّبَا ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي المُعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

غاية البيان

هنا لَفْظُ أَصلِ «**الجامع الصغير**».

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «ولو شرَطَ فيها[1] أَنْ يَتَّخِذَها أُمَّ ولدٍ، وهي أمةٌ، أَوْ أَنْ يَبِيعَها مِن فلانٍ، أو أَنْ يردَّها عليه بعدَ شهرٍ ؛ كانتِ الهِبةُ جائزةٌ، وهذه الشروطُ باطلةٌ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ، وذلك لأن مقتَضىٰ الهِبةِ ثبوتُ المِلْكِ مُطلقًا غيرُ مؤَقَّتٍ، فإذا شرَطَ عليه الردَّ أو الإعتاقَ أو الاِسْتِيلَادَ ؛ كان ذلك مُنافيًا للعقدِ، فكان شرطًا باطلًا، وهذا لأَنَّ مُوجِبَ العقدِ أَنْ يُعْتِقَها المَوْهُوبُ له، أَوْ يَسْتَوْلِدَها متىٰ شاء باختيارِه، لا باختيارِ غيرِه، ولكنَّ الهِبةَ لا تَبْطُلُ بالشروطِ الباطلةِ.

وأَصْلُ هذا: ما رُوِيَ[3] أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أجاز العُمْرَىٰ وأبطلَ شرْطَ [٤٧٩/٢و] المُعْمِرِ في رجوعِها إليه بعدَ موتِ المُعْمَرِ له، وجعَلَها ميراثًا لورثةِ المُعْمَرِ له، والبَيْعُ يَفْسُدُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «**نهىٰ عن بَيْعٍ وشرْطٍ**»[4]، ولأن فيه زيادةَ عَارِيَّةٍ عن العِوَضِ، فيتحقَّقُ معنىٰ الربا في المُعَاوضاتِ، ولا يتحقَّقُ ذلك في التبرُّعاتِ [٢٨٦/٦و/م]، وقد مَرَّ بيان ذلك في بابِ البَيْعِ الفاسدِ.

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ـ في بابِ العِوَضِ في الهِبةِ مِن «**شرح الكافي**» ـ: «فإنْ كانتِ الهِبةُ ألفَ درهمٍ، والعِوَضُ درهمٌ واحدٌ مِن تلك

(١) أي: في الهبة. كذا جاء في حاشية: «م»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٧].

(٣) لعله يشير إلىٰ ما أخرجه مسلم/ باب العمرىٰ (رقم/١٦٢٥) عَنْ جَابِرٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، وَلَا تُفْسِدُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَىٰ فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا، وَلِعَقِبِهِ».

(٤) مضىٰ تخريجه.

قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لَكَ، أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ، أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ

الدراهمِ؛ لم يَكُنْ ذلك عِوَضًا؛ لأن الشيءَ لا يَصْلُحُ أن يَكُونَ عِوَضًا عن نفسِه، وكان للوَاهِبِ: أنْ يَرْجِعَ في هِبَتِه لانعدامِ العِوَضِ، وكذلك إنْ كانتِ الهِبةُ دارًا والعِوَضُ بيتٌ منها».

وقال فيه بعدَ ذلك قريبًا مِن ورقةٍ: «رجلٍ وهبَ لرجلٍ خمسةَ دراهمَ وثوبًا، وقبَضَ ذلك المَوْهُوبُ له، ثم عوَّضَه الثوبَ أوِ الدراهمَ مِن جميعِ الهِبةِ؛ لم يَكُنْ ذلك عِوَضًا؛ لأن بعضَ الهِبةِ لا يَصْلُحُ تعويضًا، وإن كانتا هبتَيْنِ مختلفتَيْنِ؛ جاز جَعْلُ أحدِهما عِوَضًا عن الآخَرِ، أَدَعُ القياسَ فيه، والقياسُ أَلَّا يَجُوزَ؛ لأنَّ كُلًّا[1] هِبةٌ».

وجهُ الاستحسانِ: أنه لَمَّا تعدَّدتِ الهِبةُ؛ صار المقصودُ مِن أحدِهما غيرَ المقصودِ بالآخَرِ، فجاز جَعْلُ أحدِهما عِوَضًا عن الآخَرِ، وكذلك إذا كانا في مجلسٍ واحدٍ؛ لأن العقدَ متفرِّقٌ، وإنْ وهبَ له حِنْطَةً فطحَن بعضَها، فعوَّضه دقيقًا مِن تلك الحِنْطَةِ كان عِوَضًا؛ لأنه بالطحنِ صار شيئًا آخرَ، فانقطَع حقُّ الوَاهِبِ عنه، فَصَلُح عِوَضًا.

وكذلك لو وهَب له ثيابًا، فصبَغَ منها ثوبًا بعُصْفرٍ، أوْ خاطَه قميصًا، ثم عوَّضه إيَّاه؛ لأن الزيادةَ القائمةَ بالثوبِ صَلَحَتْ عِوَضًا، وقدِ انقطَع حقُّ المالكِ عنه؛ لقيامِها به، فجاز جَعْلُها معَ الثوبِ عوَضًا، وكذلك لو وهَب له سَوِيقًا فلَتَّ بعْضَه، ثم عوَّضه بعضَه.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ: إِذَا جَاءَ غَدٌ فَهِيَ لَكَ، أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ، أَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ، أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ

(١) أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقع في بعض النسخ: «الكل». بدل: «كُلًّا». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الْبَاقِي: فَهُوَ باطِلٌ؛ لِأَنَّ الإِبْرَاءَ تَمْلِيْك مِنْ وَجْهٍ إِسْقَاطٌ من وَجْهٍ، وَهِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِبْرَاءٌ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الدَّينَ مَالٌ من وَجْهٍ وَمِنْ هَذَا الوَجْهِ كَانَ تَمْلِيكًا،

الْبَاقِي: فَهُوَ بَاطِلٌ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في الرَّجُلِ يَكُونُ له على الرَّجلِ ألفُ درهمٍ، فيَقُولُ له: إذا جاء الغدُ فالألفُ لك، أو أنت بريءٌ منها إذا جاء غدٌ، قال: هذا باطلٌ، والألفُ عليه إذا جاء غدٌ، وكذلك إذا قال: إذا أدّيْتَ إلَيَّ نصفَ المالِ فلك النصفُ الآخَرُ، أوْ أنت بريءٌ منه؛ فهو باطلٌ»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

قال فخرُ الإسلامِ: «وقولُه: «فلك النصفُ» مِن الخواصِّ، وذلك لأن تمليكَ الدَّيْنِ تمليكٌ فيه إسقاطٌ، لا تمليكٌ خالصٌ، ولا إسقاطٌ خالصٌ، والدليلُ على التمليكِ أنه يَرْتَدُّ بالردِّ لمعنى التمليكِ، والدليلُ [٦/٢٨٦ظ/م] على الإسقاطِ أنه لا يَتَوَقَّفُ على القبولِ.

ثم التمليكُ المحْضُ لا يَجُوزُ تعليقُه كما في البَيْعِ، والإسقاطُ المحْضُ يَجُوزُ تعليقُه، كما في الطلاقِ والعَتَاقِ، فلَمَّا كان هذا تمليكًا مِن وَجْهٍ، إسقاطًا مِن وَجْهٍ؛ صحَّ تعليقُه نظرًا إلى الإسقاطِ، ولم يَصِحَّ نظرًا إلى التمليكِ، فلَمْ يَصِحَّ بالشكِّ، بخلافِ ما مَرَّ في بابِ الصُّلْحِ بالدَّيْنِ، وهو أنه إذا قال: أَدِّ إلَيَّ خمسَ مئةٍ غدًا على أنك بريءٌ مِن الفضلِ؛ فهو بريءٌ مِن الفضلِ إنْ أدَّى إليه الخمسَ مئةٍ غدًا، وإن لم يُؤَدِّ عادَتْ عليه الألفُ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وفي قولِ أبي يوسفَ: لا يَعُودُ؛ لأن ثَمَّةَ الإبراءَ غيرُ مُعَلَّقٍ بالشرطِ، بل هو مُقَيَّدٌ بالشرطِ، والمقيَّدُ موجودٌ، والمعلَّقُ مَعْدُومٌ، وبينَهُما فرْقٌ معلومٌ»[2].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٤٣٧].

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير للبزدوي [ق/٣٢١].

وَوَصَفٌ [١١٢/و] مِنْ وَجْهٍ وَمِنْ هَذَا الوَجْهِ كَانَ إِسْقَاطًا، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبُولِ. وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالإِسْقَاطَاتِ المَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ وَالعِتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

قَالَ: وَالْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ لَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ؛ لِمَا رَوَيْنَا. وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمْرَهُ. وَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ التَّمْلِيكُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ؛ لِمَا رَوَيْنَا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الهِبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَالْعُمْرَى [٤٧٩/٢ظ] جَائِزَةٌ لِلْمُعْمَرِ لَهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

قال الحسنُ بنُ زيادٍ في كتابِ «المجرَّد»: أَخْبَرَنَا أبو حَنِيفَةَ عَنْ بِلَالٍ، عَنْ وَهْبِ ابْنِ كَيْسَانَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ قَالَ: فَشَتِ العُمْرَى بِالْمَدِينَةِ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَصَعِدَ المِنْبَرَ، فَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «أَيُّهَا النَّاسُ، اجْمَعُوا أَمْوَالَكُمْ، لَا تُهْلِكُوهَا، فَإِنَّهُ مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا فِي حَيَاتِهِ؛ فَهُوَ لِلَّذِي أُعْمِرَ بَعْدَ مَوْتِهِ[2]»[3].

أَخْبَرَنَا[4] أبو حَنِيفَةَ عَنْ حَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ، أَنَّهُ قَالَ: «كُنْتُ عِنْدَ ابْنِ عُمَرَ جَالِسًا، إِذْ أَتَاهُ أَعْرَابِيٌّ، فَسَأَلَهُ عَنِ العُمْرَى، فَأَخْبَرَهُ أَنَّها لِلَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ، وَإِنْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٢٥].

(٢) أي: أعطي له عُمره. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٣) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٦٧]. ومن طريقه ابن خسرو في «مسند أبي حنيفة» [٢٢٤/١]، ومحمد بن الحسن في «الآثار» [٥٩٤/٢]. ومن طريقه ابن أبي العوام في «فضائل أبي حنيفة وأخباره ومناقبه» [١٦٧/١]، من طريق أَبِي حَنِيفَةَ، عَنْ بِلَالٍ، عَنْ وَهْبِ بْنِ كَيْسَانَ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﷺ به.

(٤) وذكر محمد في كتاب: «الآثار» أيضًا هذين الحديثَيْنِ بهذا الإسناد عن أبي حنيفة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

....

مَاتَ فَهِيَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ»[١].

وكان أبو حنيفةَ يَأْخُذُ بهذه الأحاديثِ ويَقُولُ: لو أن رَجلًا جعلَ دارَه لرجلٍ، فقال له: داري هذه لك عُمْرَىٰ، ودفَعها إليه؛ كانت بمنزلةِ الهِبةِ، فكان له أنْ يَرْجِعَ فيها ما لم يُحْدِثْ فيها المَوْهُوبُ له حدَثًا مِن بَيْعٍ أو بناءٍ».

قال[٢]: «وإنْ قال: قد أعمرتُكَ داري هذه، ودفَعها إليه؛ فهي أيضًا هِبَة، وإن قال: داري لك عُمْرَىٰ تسْكُنها، أو قال: هي لك عُمْرَىٰ تَبِيعها؛ كان ذلك أيضًا هِبَة في الوجهَيْنِ جميعًا، وإنْ قال: داري لك عُمْرَىٰ سُكْنَىٰ؛ كانت عَارِيَّةً، ولصاحِبها أن يَأْخُذَها متىٰ بدا له، وإنْ مات كانت للأوَّلِ الذي جعَلها له، وكذلك لو قال: داري لك سُكْنَىٰ عُمْرَىٰ؛ كانت عاريَّةً، ولصاحبها أن يَأْخُذَها منه متىٰ بدا له، وإنْ مات كانت للأوَّلِ الذي جعَلها له». إلىٰ هنا لَفْظُ الحسنِ في «المجرَّد».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «قال محمَّدٌ في «إملائه» [٦/٢٨٧و/م]: رواه عَمْرُو بنُ أبي عَمْرٍو وَالْكِسَائِيُّ قالا: سمعْنَا محمَّدٍ يَقُولُ: قال أبو حنيفةَ: إذا قال الرجلُ: قد جعلْتُ هذه الدارَ لك عُمْرَىٰ، أوْ قال: قد جعلتُها لك حياتَك، أو قال: هي لك عُمْرَىٰ، أوْ قال: هي لك حياتَك، فإذا مِتَّ فهي رَدٌّ عليه، أو قال: هي لك عُمرَك، فإذا مِتَّ فهي رَدٌّ عَليَّ. قال: فهذا كلُّه هِبةٌ جائزةٌ، وهي له حياتَه وموتَه، والشرطُ الذي شرطَ باطلٌ».

قال أبو الحسنِ: «هي عندَهم جميعًا، كذلك يَجُوزُ فيها ما يَجُوزُ في الهِبةِ، ويَبْطُلُ فيها ما يَبْطُلُ في الهِبةِ»[٣]. إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ.

(١) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٦٧]. ومحمد بن الحسن في «الآثار» [٢/٥٩٥]. وابن خسرو في «مسند أبي حنيفة» [١/٢٧٦]، من طريق أبي حَنِيفَةَ عَنْ حَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ به.

(٢) أي: صاحب «المجرد».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٧].

. . . .

وقال في كتابِ «الأقضية» لأصحابِ مالكٍ: «قال مالكُ بنُ أنسٍ في العُمْرَىٰ: إذا أعمَرَ الرجلُ دارَه أو حانوتَه أو عقدَه له حياتَه؛ فغيرُ جائزةٍ حتَّىٰ يَقُولَ: قد أعمَرْتُك وعَقِبَك، فإنْ أعمَرَها إيَّاه وعَقِبَه؛ جازَتْ له ولعَقِبِه، ولم تَرْجِعْ إلىٰ الذي أعْمَرَها أبدًا، فإنِ انقرَض المُعْمَرُ وعَقِبُه، فلَمْ يَبْقَ منهم أحدٌ؛ رجعتْ إلىٰ الذي أعمَرَها إنْ كان حيًّا، فإنْ كان ميِّتًا؛ رجعَتْ إلىٰ أقربِ الناسِ به مِن عَصَبَتِه، ولا تَكُونُ ميراثًا»[١]. إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِهم.

ونَقَلَ شيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه» مذهبَ مالكٍ فيما إذا قال: داري لك عُمْرَىٰ: أنه يَكُونَ عَارِيَّةً، ولا يَكُونُ هِبَةً، حتىٰ كان للمُعْمِرِ أنْ يَبِيعَها متىٰ شاء، وأنْ يَسْتَرِدَّ منه متىٰ شاء، ومتىٰ مات المُعْمَرُ له؛ رجعَتْ إلىٰ المُعْمِرِ، إلَّا أن يَقُولَ: لك ولعَقِبِكَ مِن بعْدِك، فمتىٰ قال هذا؛ لا تَعُودُ إلىٰ المُعْمِرِ متىٰ مات المعْمَرُ له، بل تَصِيرُ ميراثًا بينَ ورثتِه.

وقال في «وجيز الشافعية ﷺ»: «ولو قال أعمرتُك هذه الدارَ، فإذا مِتَّ فهي لورثَتِكَ صحَّ[٢]، فإنه هِبةٌ، ولوِ اقتَصَر علىٰ قولِه: أعمرتُك لم يَصِحَّ[٣] علىٰ القولِ القديمِ؛ لأنها مؤقَّتةٌ، وعلىٰ الجديدِ صحَّ ويتأبَّدُ.

فإنْ قال: فإن متَّ عاد إليَّ، فهو بالبطلانِ أَوْلَىٰ، وكذا الرُّقْبَىٰ بالبطلانِ أَوْلَىٰ، وهو أن يَقُولَ: أرْقَبْتُكَ هذه الدارَ أو جعلتُها لك رُقْبَىٰ، أوْ وهبتُك علىٰ أنك [٢/٤٨٠و] إنْ مِتَّ قبْلي عاد إلَيَّ، أو مِتُّ قبْلَك استقرَّ عليك»[٤]. إلىٰ هنا لفْظُ «وجيزهم».

---

(١) ينظر: «أقضية رسول الله» لابن الطلاع [ص/١٠٦].

(٢) في «الوجيز»: «لورثتك صح (م)». ويعني بـ: (م): الرمزَ به إلىٰ مالك بن أنس، كما نصَّ علىٰ ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(٣) في «الوجيز»: «أعمرتُك لم يصح (ح، م)». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلىٰ أبي حنيفة.

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٦/٣١٠ - ٣١١].

. . . .

وقال الخِرَقِيُّ من أصحابِ أحمدَ بنِ حنبلٍ: «إذا قال: داري لك عُمركَ، أو هي لك عُمْرَىٰ؛ فهي له ولورثَتِه مِن بعْدِه، وإذا قال: سُكْناها لك عُمرَك؛ كان له أخْذُها أيَّ وَقْتٍ أحبَّ؛ لأن السُّكْنَىٰ ليس كالعُمْرَىٰ والرُّقْبَىٰ»[١]. إلىٰ هنا لفظ الخِرَقِيِّ.

وَجهُ قولِ مالكٍ: ما رواه أبو هريرةَ رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قال: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[٢].

وجهُ الاستدلالِ: أن المُعْمِرَ شرَط أن يَعُودَ إليه متىٰ مات المُعْمَرُ له، فيُعْتَبرُ شرْطُه عمَلًا بالحديثِ.

ولا يُقَالُ: إنَّ النبيَّ ﷺ أجاز العُمْرَىٰ وأبطلَ المُعْمِرَ؛ لأنه رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ أنه قال: «العُمْرَىٰ الذي أجازه النبيُّ ﷺ، أنْ يَقُولَ المُعْمِرُ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ»[٣]، وعندَه: متىٰ قال ذلك لا يَعُودُ إليه أبدًا. وعلماؤُنا احتجُّوا بما رَوَيْنا [٦/٢٨٧ظ/م] قبْلَ هذا عن «المجرَّد».

وَحَدَّثَ البُخَارِيُّ في «الصحيح»: مسندًا إلىٰ جَابِرٍ رضي الله عنه قَالَ: «قَضَىٰ النَّبِيُّ ﷺ بِالعُمْرَىٰ، أَنَّهَا لِمَنْ وُهِبَتْ لَهُ»[٤].

---

(١) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/٨٢].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) هذا الخبر رواه الزُّهْرِيّ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ رضي الله عنه به. ثم بعد ذلك كان الزُّهْرِيُّ يُفْتِي الناسَ به. هكذا أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٦٨٨٧]، وعنه أحمد في «المسند» [٣/٢٩٤]، وكذا من طريقه مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرىٰ [رقم/١٦٢٥]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب من قال فيه ولعقبه [رقم/٣٥٥٥]، من طريق مَعْمَر، عَنِ الزُّهْرِيِّ به.

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب ما قيل في العمرىٰ والرقبىٰ [رقم/٢٤٨٢]،=

. . . .

وَحَدَّثَ البُخَارِيُّ أيضًا: بإسناده إلى أَبِي هُرَيْرَةَ عنِ النَّبِيِّ ﷺ قال: «العُمْرى جائِزَةٌ»(١).

وكذا حدَّثَ أبو داود في «السُّنن» حديثَ جَابِرٍ وحديثَ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وقَال في «السُّنن» أيضًا: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ شُعَيْبٍ، قَالَ: أَخْبَرَنِي الْأَوْزَاعِيُّ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ جَابِرٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أُعْمِرَ عُمْرَى؛ فَهِيَ(٢) لَهُ وَلِعَقِبِهِ، يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ مِنْ عَقِبِهِ»(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار»: عَنْ يُونُسَ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ عَمْرٍو، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ: «أَنَّ أَمِيرًا كَانَ عَلَى الْمَدِينَةِ يُقَالُ لَهُ: طَارِقٌ، قَضَى بِالْعُمْرَى لِلْوَارِثِ عَنْ قَوْلِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ»(٤).

= ومسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٥٠]، من حديث جَابِرٍ ﷺ به.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب ما قيل في العمرى والرقبى [رقم/٢٤٨٣]، ومسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٦]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٤٨]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.

(٢) وقع بالأصل: «فهو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «سنن أبي داود».

(٣) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في العمرى [رقم/٣٥٥١]، والنسائي في كتاب العمري [رقم/٣٧٤٠]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/١٧٣]، من طريق الْأَوْزَاعِيِّ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ جَابِرٍ ﷺ به.

(٤) أخرجه: مسلم في كتاب الهبات/ باب العمرى [رقم/١٦٢٥]، وأحمد في «المسند» [٣/٣٨١]، وأبو يعلى في «مسنده» [٣/٣٦٦]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٩١]، عن سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ بإسناده به.

. . . .

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا فيه قال: حَدَّثَنَا أَبُو النَّضْرِ هَاشِمُ بْنُ الْقَاسِمِ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمِ الطَّائِفِيُّ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْسَرَةَ، عَنْ طَاوُسٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا حَيَاتَهُ فَهُوَ لَهُ وَلِوَارِثِهِ»[1]، فدلَّ هذا الحديثُ: أن المرادَ مِن الوارثِ ـ المذكورِ في الحديثِ المذكورِ قبلَ هذا ـ هو وارثُ المُعْمَرِ له، والأحاديثُ في هذا البابِ كثيرةٌ في «شرح الآثار».

فدلَّ: أن المِلْك ثابتٌ للمُعْمَرِ له، ولا يَجُوزُ فسْخُه بعدَ موتِه إلا بدليلٍ، وقولُه ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[2]، ليس بحُجَّةٍ علينا؛ لأنَّ المرادَ من تلك الشروطِ: هي التي جَوَّزها الكتابُ والسُّنَّةُ، وأجمَع عليها المسلمون لا كلَّ شرطٍ؛ ولهذا لم يَدْخُلِ الشرطُ الذي لا يقتَضِيه العقدُ في البَيْعِ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»[2].

وكذلك قَال رَسُولُ اللهِ ﷺ في حديثِ بَرِيرَةَ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ تعالىٰ؛ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ»[2].

وقد أبطلَ رسولُ اللهِ ﷺ شرْطَ المُعْمِرِ، فلا يُلْتَفَتُ إلىٰ شَرْطِه، وتأويلُ الزُّهْرِيِّ بتقْييدِ ذِكْرِ العَقِبِ ليس بحُجَّةٍ؛ لورُودِ الأحاديثِ المُطْلَقةِ عن ذِكْرِ العَقِبِ، ونحن نعْمَلُ بالمُطْلَقِ والمُقَيَّدِ جميعًا، ولا نُقَيِّدُ المُطْلَقَ بالمُقَيَّدِ.

وفسَّر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه» قولَه: داري لك عُمْرَىٰ.

---

(١) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في الرقبىٰ [رقم/٣٥٥٩]، والنسائي في كتاب العمرىٰ [رقم/٣٧٢٣]، وابن ماجه في كتاب الهبات/ باب العمرىٰ [رقم/٢٣٨١]، وأحمد في «المسند» [٥/١٨٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٩١]، من حديث زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ﷺ به. قال العيني: «إسناده صحيح». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [١٤/٣٧٠].

(٢) مضىٰ تخريجه.

وَالرُّقْبَىٰ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لَكَ تَمْلِيكٌ. وَقَوْلَهُ: رُقْبَىٰ شَرْطٌ

غاية البيان

وقال: معناه: أي: داري لك ما عشتَ، فإذا مِتَّ؛ رجعَتْ إليَّ.

قولُه: (وَالرُّقْبَىٰ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ [٢/٤٨٠ظ]: جَائِزَةٌ)، وهذا لفظ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

وقال الحسنُ بنُ زيادٍ في «المجرَّد»: قال: «وإن قال [٦/٢٨٨و/م]: قد أرقبْتُك دارِي هذه؛ كانت عَارِيَّةً، وإن قال: هي لك رُقْبَىٰ؛ كانت هِبَةً إذا دفعها إليه». إلىٰ هنا لفظُ «المجرد».

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وقال محمدٌ أيضًا في «إملائه»: قال أبو حنيفةَ: إذا قال رَجُلٌ لرَجُلٍ: هذه الدارُ لك رُقْبَىٰ، فدفَعها إليه، أو قال: هذه الدارُ لك حبِيسٌ، ودفَعها إليه؛ فهي عَارِيَّةٌ في يدِه إذا شاء أن يَأْخُذَها أخَذَها. قال محمَّدٌ: وهذا قولُنا أيضًا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

ثم قال فيه: «وقال أبو يوسفَ: وأمَّا أنا فَأَرَىٰ أنه إذا قال: هي لك حبِيسٌ؛ فهي له إذا قبضَ، وقولُه: «حبِيسٌ» باطلٌ، وكذلك إذا قال: هي لك رُقْبَىٰ».

وقال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «إذا قال: دَارِي لك رُقْبَىٰ، أو دَارِي لك هذه حبِيسٌ.

قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ: لا يَكُونُ هِبةً.

ثم قال: ولم يَذْكُرْ في الكتابِ ـ يَعْنِي: في «المبسوط» ـ أنه يَكُونُ عَارِيَّةً أَمْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٥].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٧٧].

فَاسِدٌ كَالعُمْرَىٰ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ ﷺ أَجَازَ العُمْرَىٰ وَرَدَّ الرُّقْبَىٰ؛ وَلِأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَىٰ عِنْدَهُمَا إِنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُو لَكَ، وَاللَّفْظُ مِنَ المُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقِبُ مَوْتَهُ، وَهَذَا

غاية البيان

لا عندَهما.

ثم قال: وقد رَوَىٰ الحسنُ عن أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ: أنه يَكُونُ عاريَّةً.

ثم قال: وقال أبو يوسفَ: بأنه يَكُونُ هِبةً حتى لو مات المُرْقِبُ؛ يَكُونُ ميراثًا بينَ ورثتِه».

وقال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريب»: «قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ: الرُّقْبَىٰ باطلةٌ، وقال أبو يوسفَ: جائزةٌ».

ثم قال فيه: «وقد قال أبو حنيفةَ فيمَنْ قال لآخرَ: هذه الدارُ لك حبِيسٌ، أو لك رُقْبَىٰ، ودفَعها إليه: إنها عَارِيَّةٌ، وقال أبو يوسفَ: هِبَةٌ».

ثم قال: في «التقريب»: «وأمَّا إذا قال: أرقبْتُك دراي؛ فهي عَارِيَّةٌ عندَهم جميعًا».

وقال في **«المختلف»**: «وعلى هذا الخلافُ، إذا قال: أرقبْتُك»(١).

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: **أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ** أجاز العُمْرَىٰ والرُّقْبَىٰ، وقد حدَّث صاحبُ **«السنن»**: بإسنادِهِ إلى جَابِرٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«العُمْرَىٰ جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا، وَالرُّقْبَىٰ جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا»**(٢)، ولأنَّ قولَه: «لك»، يُفِيدُ التمليكَ. وقولَه:

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤١٠/٣].

(٢) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في الرقبى [رقم/٣٥٥٨]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في الرقبى [رقم/١٣٥١]، والنسائي في كتاب العمري [رقم/٣٧٣٩]، وابن ماجه في كتاب الهبات/ باب الرقبى [رقم/٢٣٨٣]، وأحمد في «المسند» [٣٠٣/٣]، من حديث جَابِرٍ رضي الله عنه به.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

يَجُوزُ التَّمْلِيكِ بِالخَطَرِ فَبَطَلَ. وَإِذَا لَمْ تَصِحّ تَكُونُ عَارِيَةً عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِطْلَاقَ الانْتِفَاعِ بِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

«رُقْبَىٰ أَوْ حبِيسٌ» بعدَ ذلك شرطٌ زائدٌ فاسدٌ، فيَلْغُو، فصار كقولِه: دَارِي لك عُمْرَىٰ.

ووَجْهُ قولِهما: ما رُوِيَ عن شُرَيْحٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ العُمْرَىٰ، وَرَدَّ الرُّقْبَىٰ»(١).

وقد حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ، عَنْ عَطَاءِ بْنِ السَّائِبِ قَالَ: «سُئِلَ شُرَيْحٌ عَنْ رَجُلٍ جَعَلَ دَارَه حَبِيسًا عَلَىٰ الْآخَرِ فَالْآخَرِ مِنْ وَلَدِهِ، فَقَالَ: لَا حَبْسَ عَلَىٰ فَرَائِضِ اللهِ تعالىٰ»(٢)، ولأنَّ التعليقَ في التمليكاتِ لا يَجُوزُ؛ لإفضائِه إلىٰ معنىٰ الخطرِ، وهذا لأنَّ [معنىٰ](٣) قولِه: «داري لك رُقْبَىٰ ـ عندَهما ـ إنْ مِتُّ قبلَك؛ فهي لك، وإن مِتَّ قبلي؛ فهي لي» [٦/٢٨٨ظ/م]: مأخوذٌ مِن المراقبةِ، كأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُراقِبُ موتَ صاحبِه.

وعندِي: قولُ أبي يوسفَ أصحُّ؛ إذْ غايةُ ما في البابِ: أن يُقَالَ: الشرطُ فاسدٌ، ولا يَلْزَمُ مِن فسادِ الشرطِ فسادُ الهِبَةِ؛ لأن الهِبَةَ لا تَبْطُلُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ، كما في العُمْرَىٰ(٤).

---

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٩٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن الشعبي عن شريح ﵀.

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الحجة علىٰ أهل المدينة» [٣/٦٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/٩٦]، عن شريح ﵀.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/١١٧]، «درر الحكام» [٢/٢٢٥]، «البحر الرائق» [٧/٢٩٧]، «مجمع الأنهر» [٢/٣٦٦]، «اللباب» [٢/١٧٨].

فَصْــلٌ
فِي الصَّدَقَةِ

قَالَ: وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَة لَا تَصِحُّ إلَّا بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٍ كَالهِبَة وَلَا تَجُوزْ

غاية البيان

فَصْــلٌ
فِي الصَّدَقَةِ

لَمَّا كانتِ الهِبَةُ والصَّدَقَةُ سواءً في الأحكامِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما تَبَرُّعٌ لا يُفِيدُ المِلْكَ إلَّا بعدَ القبضِ: ذكَر فصْلَ الصَّدَقَةِ عَقِيبَها، وقدَّمَ الهِبَةَ لعمومِها في المسْلمِ والكافرِ وكثرةِ تفريعاتِها، غيرَ أن بينَهما فرقًا في فصْلٍ، وهو أن الهِبَةَ إذا كانت لغيرِ ذي الرَّحِمِ المَحْرَّمِ؛ فيها الرجوعُ، ولا رجوعَ في الصَّدَقَةِ.

قولُه: (قَالَ: وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ لَا تَصِحُّ إلَّا بِالْقَبْضِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه [٤٨١/٢و] فيه: «ولا تَجُوزُ في مَشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ»[١]. وإنما شرطَ القبضَ فيها؛ لِمَا رَوَىٰ أصحابُنا في نُسَخِ «المبسوط»: عن ابنِ عَبَّاسٍ ﷺ أنه قال: «لا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ إلَّا مَقْبُوضَةً»[٢].

وهذا الحديثُ حُجَّةٌ لنا علىٰ الشَّافعيِّ ﷺ في تَجِويزِهِ الصَّدَقَةَ بلا قَبْضٍ[٣]، ولأنها تَبَرُّعٌ، فيُشْتَرَطُ فيها القبضُ كَالهِبَةِ، فإذا كان القبضُ شرطًا؛ كان الإشاعةُ مانعةً فيها فيما يَحْتَمِلُ القِسْمةَ؛ لنقصانٍ في القبضِ، أو لأنَّ في تجويزِها مَعَ الإشاعةِ إلزامُ ما لا يَلْتَزِمُهُ المتبرِّعُ، والإلزامُ يُنَافِي التَّبَرُّعَ، وقد مَرَّ بيانُ الوجهيْنِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٢٥].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) بل معتمد مذهب الشافعي: أن الهبة كالصدقة كلاهما لا يجوز بلا قبض. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٠٢/١٣]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٤٤/٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [٣٦٥/٥ ـ ٣٦٦].

فِي مَشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ لِمَا بَيَّنَا فِي الهِبَة وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ ؛ لِأَنَّ المَقْصُود هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ . وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَىٰ غَنِيٍّ ؛ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْصَدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَىٰ الغَنِيّ الثَّوَابُ . وَكَذَا إِذَا وَهَبَ لِفَقِيرٍ ؛ لِأَنَّ المَقْصُود الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ .

قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ ؛ يَتَصَدَّقُ بِجِنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ وَيُرْوَىٰ أَنَّهُ وَالأَوَّلُ

غاية البيان

عندَ قولِه: (وَلَا تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيمَا يُقْسَمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً). وإلىٰ ذلك الموضعِ أشار في المتنِ بقولِه: (لِمَا بَيَّنَّا فِي الْهِبَةِ).

قولُه: (وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ) ، وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ أيضًا ، وذلك لأن المقصودَ مِن الصَّدَقةِ علىٰ الأجنبيِّ: حصولُ الثوابِ في الآخرةِ، لا العِوَضُ الماليُّ، وهذا المقصودُ حصلَ للمتصدِّقِ بنفْسِ الصَّدَقةِ، فكانتِ الصَّدَقَةُ مع حصولِ الثوابِ كَالهِبَةِ معَ وجودِ العِوَضِ ، فلا رجوعَ ثَمَّةَ ، فكذا هنا.

وقد قالوا: إذا تصدَّق علىٰ غَنِيٍّ ؛ فالقياسُ أنْ يَرْجِعَ ؛ لأن المقصودَ منها العِوَضُ ، فتَكُونُ هِبَةً ، ويَكُونُ له الرجوعُ.

وجهُ الاستحسانِ: أن المقصودَ من التصدُّقِ علىٰ الغَنِيِّ: قد يَكُونُ الثوابُ ، وقد حصلَ ، وكذلك إذا وهبَ لفقيرٍ ؛ لا رجوعَ فيه ؛ لأن الاعتبارَ في العقودِ للمعاني ، فكانتِ الهِبَةُ مستعارةً للصَّدَقةِ ، وهذا استحسانٌ أيضًا. ذكرَه في «شرح الكافي».

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ ؛ يَتَصَدَّقُ بِجِنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ) ، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٦].

سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ، وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي مَسَائِلِ القَضَاءِ ....

غاية البيان

[٢٨٩/٦و/م] وقال في كتابِ القضاءِ مِن «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في رَجُلٍ قال: مالي في المساكينِ صَدَقَةٌ، قال: هذا على أموالِ الزَّكَاةِ، ولو أوصى بثُلُثِ مالِه فهذا على كلِّ شيءٍ»[١].

قال فخرُ الإسلام: «والأوَّلُ استحسانٌ، والقياسُ فيهما واحدٌ؛ لأن المالَ عامٌّ»[٢]، اعلم: أن الرَّجُلَ إذا قال: مالي صَدَقَةٌ في المساكينِ؛ فالقياسُ أن يتصَدَّقَ بجميعِ مالِه، سواءٌ كان مالَ الزَّكَاةِ، أو غيرَ مالِ الزَّكَاةِ، وهو قولُ زُفَرَ.

وفي الاستحسانِ: يَلْزَمُهُ التصدُّقُ بمالِ الزَّكَاةِ، وهو عَيْنُ الدراهمِ والدنانيرِ، ومالُ التجارةِ والسوائِمُ لا غيرَ، وبه أَخَذ علماؤُنا.

وجهُ القياسِ: أنه أضاف الصَّدَقَةَ إلى مالِه مطلقًا، والكلُّ مالُه، فلا يتَقَيَّدُ بمالِ الزَّكَاةِ، كما إذا أوصى بثلُثِ مالِه.

يُحَقِّقُهُ: قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]. حيثُ يتناوَلُ الأموالَ كُلَّهَا.

ووجهُ الاستحسانِ: هو أن إيجابَ العبدِ مُعْتَبَرٌ بإيجابِ اللهِ تعالى، ثم إيجابُ اللهِ تعالى مطلقًا في الصدقةِ بالمالِ يتناوَلُ مالَ الزَّكَاةِ لا غيرَ؛ كما في قولِه تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]. فكذا هنا، بخلافِ الوَصِيَّةِ، فإن دليلَ التقييدِ ثَمَّةَ لم يَرِدْ مِن الشَّرْعِ، فانصرفَ إلى الأموالِ كلِّها.

قال فخرُ الإسلامِ: «واختلَف أبو يوسفَ ومحمَّدٌ في الأراضي العُشْرِيَّةِ، فقال أبو يوسفَ: تَدْخُلُ لأنَّها مِن أسبابِ الصَّدَقَةِ، وهي العُشْرُ، وقال محمَّدٌ: لا تَدْخُلُ؛

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٩٨].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢١].

. . . .

لأنَّها من أسبابِ المَؤُونَةِ، مِثْلُ عبْدِ الخدمةِ»[1].

وحاصلُ ذلك: أن جهةَ المَؤُونَةِ غالبةٌ عندَ محمَّدٍ، وجهةَ الصَّدَقَةِ عندَ أبي يوسفَ، والاختلافُ في «النوادر»، والأرضُ الخَراجِيَّةُ لا تَدْخُلُ بالإجماعِ.

وأمَّا إذا قال: جميعُ ما أمْلِكُ في المساكينِ صَدَقَةٌ: قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «يتصَدَّقُ بجميعِ ما يمْلِكُ مِن الصامتِ، ومالِ التجارةِ، والسوائمِ، وأموالِ [٤٨١/٢ظ] الزَّكَاةِ، ويُمْسكُ قُوتَه، فإذا أصاب بعدَ ذلك مالًا؛ تصَدَّق بمِثْلِ ما أمْسَك»[2].

ولا يتصَدَّقُ بالعَقارِ والرقيقِ وغيرِ ذلك استحسانًا، وهذا يَدُلُّ أن المالَ والمِلْكَ سواءٌ، وإليه ذهَب أبو بكرٍ البَلْخِيُّ، وكان يُسَوِّي بينَ ذِكْرِ المالِ والمِلْكِ. كذا قال خُواهَرْ زَادَه، والأصحُّ هذا. كذا قال قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»[3].

ومِن المشايخِ مَن قال: إنه يَتَناوَلُ جميعَ ما يَمْلِكُهُ مِن مالِ الزَّكَاةِ وغيرِه قياسًا واستحسانًا، وإليه ذهَب الفقيهُ محمدُ بنُ إبراهيمَ المَيْدَانِيُّ. كذا ذكَر خُواهَرْ زَادَه في «مبسوطه»، وهو المرْوِيُّ عن أبي يوسفَ.

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وذكَر أبو يوسفَ في «الأمالي» حكَاه عن أبي حنيفةَ وعن نفْسِه [٢٨٩/٦ظ/م] أنه إذا قال: مالي في المساكينِ صَدَقَةٌ؛ انصرَف إلى مالِ الزَّكَاةِ، وإذا قال: ما أمْلِكُ صَدَقَةٌ؛ انصرَف إلى جميعِ الأموالِ؛ وذلك لأنَّ المِلْكَ أعمُّ مِن المالِ؛ لأن غيرَ المالِ قد يُمْلَكُ كالنِّكَاحِ والقِصَاصِ».

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢١].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٧٥].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٣٢٥].

. . . .

ووجهُ الفرقِ بينَ المالِ والمِلْكِ: أن ثَمَّةَ وُجِدَ إيجابُ اللهِ تعالىٰ، فانصرَف إلىٰ مالِ الزَّكَاةِ، وفي المِلْكِ لم يُوجدْ إيجابُ اللهِ تعالىٰ، فاعْتُبِرَ عمومُه.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ: وفي قولِ مالكٍ: يَتَصَدَّقُ بثُلُثِ مالِه؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي لُبَابَةَ بْنِ عَبْدِ الْمُنْذِرِ، لمَّا قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، أَنِّي جَعَلْتُ عَلَىٰ نَفْسِي أَنْ أَنْخَلِعَ مِنْ مَالِي كُلِّهِ. فَقَالَ: «لَا، وَلَكِنْ تَصَدَّق بِثُلُثِهِ»(١).

وفي قولِ الشَّافعيِّ: عليه كفَّارةُ اليمينِ؛ لأنه قال ﷺ: «النَّذْرُ يَمِينٌ، وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»(٢).

وفي قولِ الشَّعْبِيِّ: لا يَجُبُ عليه شيءٌ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ﴾ [الإسراء: ٢٩]، ثم إنه يُمْسِكُ قُوتَه في قولِه: جميعُ ما أَمْلِكُ صَدَقَةٌ؛ لأنه لا بُدَّ له منه.

ولكن لم يُبَيِّنْ محمَّدٌ في «المبسوط» و«الجامع الصغير» مقدارَ ما يُمْسِكُ مِن القُوتِ، فقال مشايخُنا: إنْ كان دِهْقَانًا(٣): يُمْسِكُ قُوتَ سَنَةٍ؛ لأن القُوتَ لِلدِّهْقَانِ يَتَجَدَّدُ كُلَّ سَنَةٍ، وإنْ كان تاجرًا يُمْسِكُ قُوتَ شهرٍ؛ لأن التجارةَ للتاجِرِ لا تتفِقُ كلَّ حينٍ، وإنما تَتَفِقُ في بعضِ الأحايينِ، فقَدَّرْنا بالشهرِ.

وإنْ كان محترفًا يُمْسِكُ قُوتَ يومِه؛ لأنه يَتَجَدَّدُ له القُوتُ كلَّ يومٍ، ثم إذا

---

(١) أخرجه: أحمد في «المسند» [٥٠٢/٤]، والدارمي في «سننه» [٤٧٩/١]، وابن حبان في «صحيحه» [رقم/٣٣٧١]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦٧/١٠]، من حديث أَبِي لُبَابَةَ بْنِ عَبْدِ الْمُنْذِرِ ﷺ به. ولفظُه في آخره: «فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «يُجْزِئُ عَنْكَ الثُّلُثُ».

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) الدِهْقان عند العرب الكبير من كفّار العجَم، وقد غلَب علىٰ أهل الرَساتيق منهم ثم قيل لكل من له عَقار كثيرٌ دِهْقان. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» [٣٠١/١].

وَيُقَالُ لَهُ: أَمْسِكْ مَا تُنْفِقُهُ عَلَىٰ نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَىٰ أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا؛ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

غاية البيان

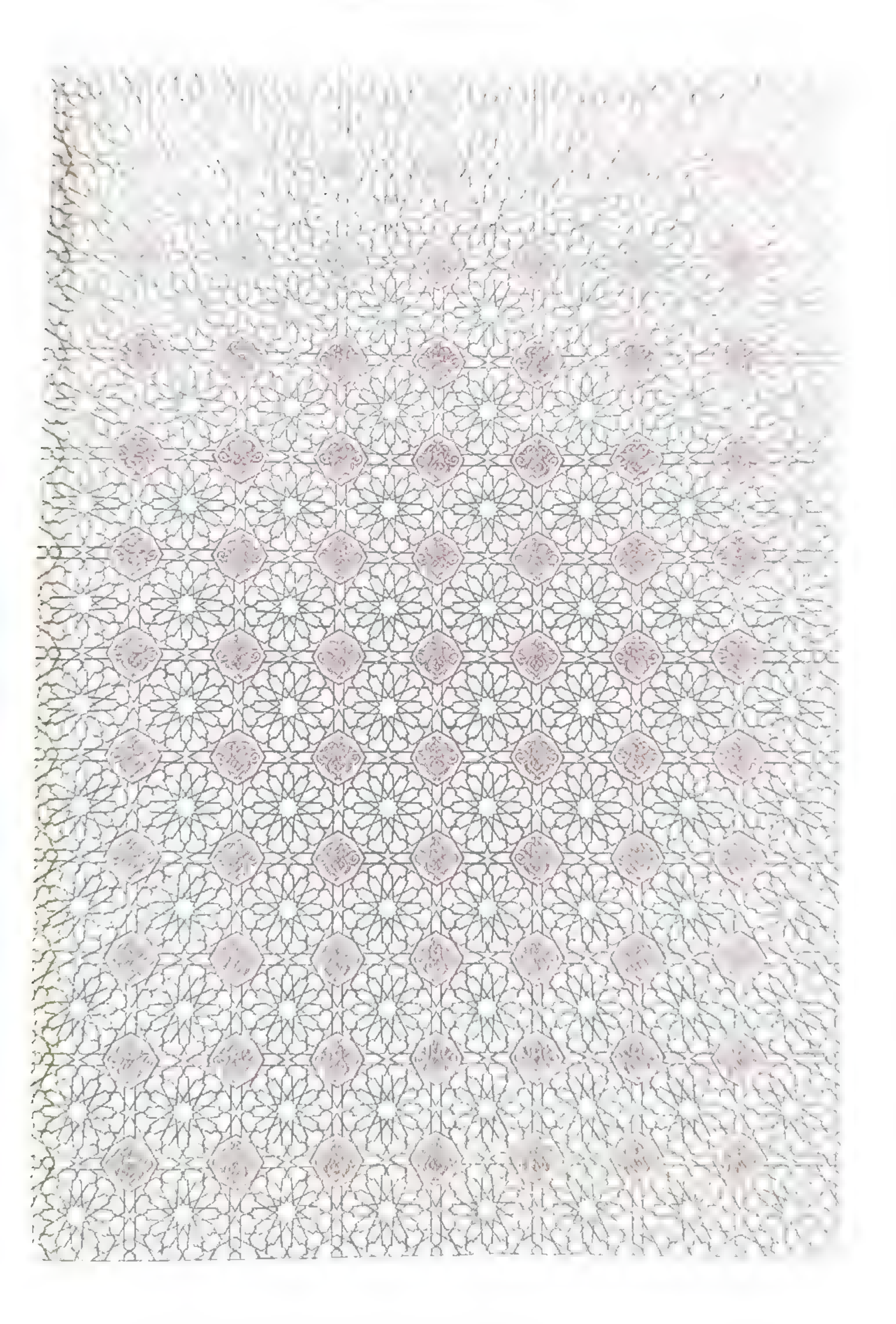
وجَدَ شيئًا[١] تصَدَّق بمقدارِ ما أمسك لقُوتِه؛ لأنه استهلكَ قدْرَ القُوتِ مِن المالِ الذي لزمَهُ التصَدُّقُ به، فصار ضامنًا لمِثْلِه دَيْنًا في ذِمَّتِه، كما لوِ استهلكَ مالَ الزَّكَاةِ.

قولُه: (**وَيُقَالُ لَهُ: أَمْسِكْ مَا تُنْفِقُهُ عَلَىٰ نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَىٰ أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا؛ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[٢]، وقد ذَكَرْنا الوجهَ[٣] آنفًا.

[قولُه][٤]: (**وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ**)، [أي][٥]: في كتابِ القضاءِ، في بابِ القضاءِ بالمَوَارِيثِ.

واللهُ أعلمُ [بالصوابِ][٦].

(١) وقع بالأصل: «وجد كل شيئًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٢٦].
(٣) وقع بالأصل: «ذكرنا الوجو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».





كِتَابُ الْإِجَارَاتِ

غاية البيان

كِتَابُ الْإِجَارَاتِ

ناسبَ الإجاراتِ الهِبَةِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما فيه معنى التمليكِ ، إلا أن الهِبَةَ لَمَّا كانت تمليكَ عينٍ ، والْإِجَارَةَ تمليكُ مَنْفَعَةٍ كان تقديمُ الهِبَةِ أَوْلَى ؛ لكونِ العينِ أقوى .

ثم الأصلُ في جوازِ الْإِجَارَةِ: قولُه تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] . وقال موسى لصاحبِه: ﴿ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ [الكهف: ٧٧] . وقولُه تعالى خبرًا عن شعيبٍ ـ صلوات الله عليه وسلامه ـ: ﴿ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ﴾ [القصص: ٢٧] .

وجهُ الاستدلالِ [٦/٢٩٠و/م] **به**: أن شريعةَ مَن قَبْلِنا تَلْزَمُنَا على أنه شريعةُ رسولِنا ﷺ إذا قصَّ اللهُ مِن غيرِ إنكارٍ ، ولم يَرِدِ النسْخُ به ، وقولُه تعالى [٢/٤٨٢و]: ﴿ تَأْجُرَنِي ﴾ ، مِن آجرتُه إذا كنتُ له أجيرًا ، و﴿ ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ﴾ ظرفُه. كذا في **«الكشاف»**[١] .

ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ بُعِث والناسُ يَستأجِرون ، ولم يُنْكِرْ ذلك ، أَلَا تَرىٰ إلى ما حدَّثَ البُخَارِيُّ في **«جامعه الصحيح»**: مسندًا إلى أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: **«مَا بَعَثَ اللهُ نَبِيًّا إِلَّا رَعَى الغَنَمَ»** ، فَقَالَ أَصْحَابُهُ: وَأَنْتَ ؟ قَالَ: **«نَعَمْ ، كُنْتُ أَرْعَاهَا عَلَىٰ قَرَارِيطَ لِأَهْلِ مَكَّةَ»**[٢] .

---

(١) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٣/٤٠٤] .

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/ باب رعي الغنم على قراريط [رقم/٢١٤٣] ، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به .

. . . .

وحدَّثَتْ عَائِشَةُ رضي الله عنها فِي حَدِيثِ هِجْرَةِ النَّبِيِّ ﷺ مَعَ أَبِي بَكْرٍ رضي الله عنه: «وَاسْتَأْجَرَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ رضي الله عنه رَجُلًا مِنْ بَنِي الدِّيلِ هَادِيًا خِرِّيتًا، فَأَخَذَ بِهِما طَرِيقَ السَّاحِلِ»[(١)].

والخِرِّيتُ: الماهرُ بالهدايةِ.

وَحَدَّثَ البُخَارِيُّ أيضًا: بإسنادِه إلى سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ، [عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ][(٢)] عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: «ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ، وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ»[(٣)]. هكذا ذكرَ في كتابِ الْإِجَارَةِ مِن «الصحيح».

ومعنى قولِه: «رَجُلٌ أَعْطَى بِي[(٤)]»، أي: أَعْطَى ذِمَّةً مِن الذِّمَّاتِ، ولهذا كان رسولُ اللهِ ﷺ إذا بعَثَ جيشًا أو سَرِيَّةً، قال في وصِيَّتِهِ: «وَإِذَا حَاصَرْتُمْ أَهْلَ مِصْرٍ أَوْ مَدِينَةٍ، فَأَرَادُوكُمْ أَنْ تُعْطُوهُمْ ذِمَّةَ اللهِ وَذِمَّةَ رَسُولِهِ؛ فَلَا تُعْطُوهُمْ ذِمَّةَ اللهِ وَذِمَّةَ رَسُولِهِ، وَلَكِنْ أَعْطُوهُمْ ذِمَمَكُمْ وَذِمَمَ آبَائِكُمْ، ثُمَّ فُوا[(٥)] لَهُمْ، فَإِنَّهُمْ إِنْ كَفَرُوا ذِمَمَكُمْ وَذِمَمَ آبَائِكُمْ أَهْوَنُ»[(٦)]. والحديثُ فيه طُولٌ ذكرَه محمدٌ في أَوَّلِ كتابِ

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/ باب استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام [رقم/٢١٤٤]، من حديث عَائِشَة رضي الله عنها.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) أي: أعطَى الأمانَ باسمِي أو بذِكْري، بأنْ يقول: لك ذمةُ الله، وعهْدُ الله، وذمةُ رسول الله. كذا جاء في حاشية: «م»، و«س»، و«ن».

(٥) أمْرٌ مِن الوفاء. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن». وأدرجه ناسخ الأصل بالمتن!

(٦) أخرجه: مسلم في كتاب الجهاد والسير/ باب تأمير الإمام الأُمَراء على البعوث ووصية إياهم بآداب الغزو وغيرها [رقم/١٧٣١]، وجماعة من طريق سُلَيْمَانَ بْنِ بُرَيْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه به نحوه في سياق=

. . . .

«السِّيَر الصغير»[(١)].

وأمَّا قولُه: «وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ»، على سبيلِ المجازِ، باعتبارِ صورةِ المبادلةِ، وإلا فالبيعُ باطلٌ.

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»[(٢)]: حَدَّثَنَا الحَضْرَمِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ العَلَاءِ قَالَ: حَدَّثَنَا زَيْدُ[(٣)] بْنُ الْحُبَابِ، عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ [أَوْ][(٤)] عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا؛ فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»[(٥)]، وهذا الحديثُ فيه طُولٌ[(٦)] ذكرَه محمدُ

= قصة. ولفظُه في آخره: «وَإِذَا حَاصَرْتَ أَهْلَ حِصْنٍ فَأَرَادُوكَ أَنْ تَجْعَلَ لَهُمْ ذِمَّةَ اللهِ، وَذِمَّةَ نَبِيِّهِ، فَلَا تَجْعَلْ لَهُمْ ذِمَّةَ اللهِ، وَلَا ذِمَّةَ نَبِيِّهِ، وَلَكِنِ اجْعَلْ لَهُمْ ذِمَّتَكَ وَذِمَّةَ أَصْحَابِكَ، فَإِنَّكُمْ أَنْ تُخْفِرُوا ذِمَمَكُمْ وَذِمَمَ أَصْحَابِكُمْ أَهْوَنُ مِنْ أَنْ تُخْفِرُوا ذِمَّةَ اللهِ وَذِمَّةَ رَسُولِهِ».

(١) ينظر: «السِّيَر الصغير» لمحمد بن الحسن [ص/٩٣].

(٢) قد راجعْنا نسختَيْن مِن «مختصر الكَرْخِيِّ»، فلَمْ نجد فيهما هذا الخبر والذي بعْده مُسْنَدًا! بل تفرَّدَتْ به النسخةُ الثانية مُعلَّقًا وحسب!

أ ـ أمَّا النسخة الأُولَى: فهي الممْزُوجةُ بشَرْح أبي الفضل رکْن الدين الكِرْمانِيّ [ق ١٢٨/أ/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب ـ والنسخة الثانية: هي الممْزُوجة بشَرْح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُورِيّ [٢/ق٢٠١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي حافظ أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٤)].

(٣) وقع في سائر النُّسَخ: «يَزِيد»! وهو تحريف، والصواب ما أثبتناه.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٠٢٣]، أَخْبَرَنَا مَعْمَرٌ، وَالثَّوْرِيُّ، عَنْ حَمَّادٍ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَأَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ، أَوْ أَحَدُهُمَا عن النَّبِيِّ ﷺ به.

قال البيهقي: «هو مرسل بين إبراهيم وأبي سعيد». يعني: منقطع. ورجَّح أبو زرعة الرازي وقْفه. ينظر: «السنن الكبرى» للبيهقي [٦/١٢٠]، و«الدارية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٨٦].

(٦) وقع بالأصل: «فيطول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعِوَضٍ؛ لِأَنَّ الإِجَارَةَ فِي اللُّغَةِ: بَيْعُ المنافعِ،

بنُ الحسنِ في كتابِ «الآثار»[1]، في بابِ السَّوْمِ على سَوْمِ أخيه.

وَحَدَّثَ الكَرْخِيُّ بإسنادِه إلى المَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ [٦/٢٩٠ظ/م]: «أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[2].

ومما سَمَح به خاطِري في هذا المقامِ:

أَعْطِ الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ جَفَافِ العَرَق ❁ كَذَا حَدِيثٌ مُسْنَدٌ مَا فِيهِ قَطُّ مِن قَلَق

وقدِ اتَّفق فقهاءُ السلفِ على مِثْلِ ما ورَد به ظاهرُ الكتابِ والسُّنَّةِ مِن جوازِ عُقودِ الإجاراتِ على مَنَافِعِ الأبدانِ، والعَقارِ، والعُرُوضِ.

قولُه: (الْإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعِوَضٍ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3].

قال في «شرح الأقطع»[4]: «هذا الذي ذكرَه صحيحٌ، وهي بخلافِ النِّكَاحِ؛ لأنه عقْدٌ على استباحةِ المَنَافِعِ بعِوَضٍ»، يعني: لا على تمليكِ المَنَافعِ.

ويَنْبَغِي أن يُقَالَ: «عَقْدٌ على مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ، بعِوَضٍ معلومٍ، وإلى مدَّةٍ مَعْلُومةٍ»، حتَّى يَخْرُجَ النِّكَاحُ؛ لأن التوقيتَ يُبْطِلُه.

أو يُقَالُ: عَقْدٌ على مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ، لا لاستباحةِ البُضْعِ بعِوَضٍ معلومٍ.

---

(١) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/٦٣٣].

(٢) أخرجه: ابن عدي في «الكامل» [٦/٢٣٠]، والطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [٨/١٣]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/١٢١]، من طريق مُحَمَّد بْن عَمَّارٍ الْمُؤَذِّن، عَنِ الْمَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.
قال ابنُ طاهر: «يُعْرَف محمد بن عمار بهذا، وليس بالمحفوظ». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٨٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٢].

. . . .

قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «**التمليكُ على ضربيْنِ**: تمليكُ مَنْفَعَةٍ، وتمليكُ عينٍ. وكلُّ وَجْهٍ على وجهَيْنِ: إمَّا أن يَكُونَ ببدلٍ، أو غيرَ بدلٍ، فتمليكُ العينِ ببدلٍ هو البَيْعُ، وتمليكُ العينِ بغيرِ بدلٍ هي الهِبَةُ والصَّدَقَةُ والوَصِيَّةُ وما أشبَه ذلك.

وأما تمليكُ المَنْفَعَةِ ببدلٍ: فهي الإِجَارَةُ، وتمليكُ المَنْفَعَةِ بغيرِ بدلٍ هي العَارِيَّةُ [٢/٤٨٢ظ]. ثم عَقْدُ البَيْعِ عَقْدٌ يُعْقَدُ على الإبهامِ، والتوقيتُ يُبْطِلُه، وعَقْدُ الإِجَارَةِ عَقْدٌ على التوقيتِ والإبهامُ يُبْطِلُه، وعقْدُ الإِجَارَةِ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، لا يَجُوزُ حتَّى يُبَيَّنَ البدلُ مِن كِلَا الجانِبَيْنِ.

أَمَّا بيانُ المَنْفَعَةِ: فهو بإحدَى معانٍ ثلاثٍ: إمَّا ببيانِ الوقتِ، وهو الأَجَلُ، وإمَّا ببيانِ العملِ، وإمَّا ببيانِ المكانِ.

وأَمَّا بيانُ الأُجرةِ: فإن كانتْ دراهمَ أو دنانيرَ؛ فالشرطُ فيه بيانُ القدرِ، ويَقَعُ ذلك على نقْدِ البلدِ، وإنْ كانتِ النقودُ مختلفةً فإنه يَقَعُ على الغالبِ منها، وإن كانتِ الغلَبةُ مختلفةً؛ فإن الإِجَارةَ فَاسِدَةٌ ما لم يُبَيِّنْ نقدًا منها، فإنْ بَيَّنَ جاز.

وإنْ كان الأجرُ كَيْلِيًّا، أو وزْنِيًّا، أو عدديًّا متقاربًا؛ فالشرطُ فيه بيانُ القدرِ والصفةِ، ويَحْتَاجُ إلى بيانِ مكانِ الإيفاءِ إذا كان له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عندَ أبي حنيفةَ، وإنْ لم يَكُنْ له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ؛ فلا يَحْتَاجُ إلى بيانِ مكانِ الإيفاءِ.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: بيانُ مكانِ الإيفاءِ ليس بشرطٍ، ولا يَحْتَاجُ إلى بيانِ مكانِ الأجَلِ، فإن بَيَّنَ الأجَلَ جاز ويَثْبُتُ.

وأمَّا إذا كانتِ [٦/٢٩١و/م] الأُجرةُ ثيابًا، أو عُروضًا: فالشرطُ فيه بيانُ القدرِ، والأجلِ، والصفةُ لا تَثْبُتُ دَيْنًا في الذمَّةِ إلَّا مِن جهةِ السَّلَمِ، فكان لثبوتِه أصْلٌ

. . . .

واحدٌ، وهو السَّلَمُ، ولا يَجُوزُ إلَّا علىٰ شرائطِ السَّلَمِ، بخلافِ الكَيْلِيِّ والوَزْنِيِّ؛ لأن لثبوتِهما أصليْنِ: القرضَ والسَّلَمَ.

والأجلُ في القرضِ ليس بشرطٍ، فإن بيَّنَ جاز كالسَّلَمِ، وإنْ لم يُبيِّنْ جاز كالقَرْضِ، وفي هذا كلِّه إذا كان دَيْنًا، أمَّا إذا كان عينًا: فالإشارةُ فيه كافيةٌ، ولا يَحْتَاجُ إلىٰ بيانِ القدرِ والوصْفِ والأجَلِ.

وأمَّا إذا كان حيوانًا: فلا يَجُوزُ إلَّا أن يَكُونَ مُعَيَّنًا، وأمَّا إذا كان بدلُه المَنْفَعَةَ، فإنه يُنْظَرُ: إن كان مِن جنسِه لَمْ يَجُزْ، كما إذا استأجَر سُكْنَىٰ دارٍ بسُكْنَىٰ دارٍ، أو استأجر رُكُوبَ دَابَّةٍ بركوبِ دَابَّةٍ؛ لأن الجنسَ بانفرادِه يُحَرِّمُ النَّسَاءَ، وأمَّا إذا كان بخلافِ جنسِه فإنه يَجُوزُ، كما إذا استأجَر سُكْنَىٰ دارٍ بركوبِ دَابَّةٍ، فإنه يَجُوزُ»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

ثم اعلم: أن قولَهم: «آجَرَه الدارَ»، هل هو مِن بابِ الأفعالِ، أو مِن بابِ المفاعلةِ؟ فيه كلامٌ، والزَّمَخْشَرِيُّ جعلَه في كتابِ «**مقدمة الأدب**»[2] مِن البابيْنِ جميعًا[3].

وتمامُ البيانِ فيه: **ما قال المُطَرِّزِيُّ في «المغرب» قال:** «الإِجَارَةُ: تمليكُ المَنَافِعِ بعِوَضٍ، وفي اللُّغةِ اسمٌ للأُجرةِ، وهي كِرَاءُ الأجيرِ، وقد آجَرَه: إذا أعطاه أُجْرَتَهُ، من بابَيْ[4]: طلَبَ وضرَبَ، فهو آجِرٌ، وذلك مأجورٌ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٥ - ٢٨٦].

(٢) مقدمة الأدب: كتاب شهير في اللغة للزَّمَخْشَرِيِّ. ألَّفه: لأبي المظفر أتسز بن خوارزم شاه. وجعَله على خمسة أقسام: الأول: في الأسماء. الثاني: في الأفعال. الثالث: في الحروف. الرابع: في تصرُّفِ الأسماء. الخامس: في تصرُّف الأفعال. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٧٩٨].

(٣) ينظر: «مقدمة الأدب» [ص/١٩٣، ٢٢٦].

(٤) وقع بالأصل: «من باب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

وفي كتابِ «العين»(١): آجَرْتُ مملوكي، أُوجِرُه إيجارًا؛ فهو مُؤْجَرٌ.

وفي «الأساس»(٢): آجَرَني دارَه فاستأجرْتُها، وهو مُؤْجِرٌ، ولا تَقُل: مُؤَاجِرٌ، فإنه خطأٌ وقبيحٌ.

قال(٣): وليس آجَرَ هذا بوزْنِ فاعَلَ، بل هو مِن أفْعَل، وإنما الذي هو مِن فاعَلَ، قولُك: آجَرَ الأجيرَ مُؤَاجَرةً؛ كقولِك: شاهَرَه وعاوَمَه.

وفي «المجمل»(٤): آجَرْتُ الرَّجُلَ مُؤاجَرةً؛ إذا جعلْتَ له على فِعْلِه أُجْرَةً.

وفي بابِ أفعَلَ مِن «جامع الغُورِيِّ(٥)»: آجَرَه اللهُ: لغةٌ في أَجَره، وآجَرَه مِن الْإِجَارَةِ، وفي بابِ فاعَلَ: آجَرَه الدارَ، وهكذا في «ديوان الأدب والمصادر»(٦).

قال(٧): وفيه نَظَرٌ، وإنما الصوابُ ما أُثْبِتَ في «العين»، و«التهذيب»(٨)، و«الأساس»: على أن ما كان مِن فاعَلَ في معنى المعامَلَةِ؛ كالمزَارَعةِ والمشارَكةِ، لا يَتَعَدَّى إلا إلى مفعولٍ واحدٍ، ومُؤَاجَرةُ الأجيرِ مِن ذلك، فكان حُكْمُها حُكْمَه،

---

(١) ينظر: «كتاب العين» للخليل بن أحمد [١٧٣/٦].

(٢) ينظر: «أساس البلاغة» للزَّمَخْشَرِيِّ [٢٢/١].

(٣) أي: صاحب «أساس البلاغة».

(٤) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٨٨].

(٥) لعله يعني به: كتاب: «ديوان الأدب» لمحمد بن جعفر بن محمد أبي سعيد الغُورِيِّ. قَالَ ياقوتُ الحموي: «أحدُ أئمة اللغة المشهورين، والأعلام في هذا الشأن المذكورين، صنَّف: «ديوان الأدب» في عشرَة مجلدات ضخام. أخذ كتاب الفارابي وزاد عليه في أبوابه، وأبرَزَه في أبهَى أثوابه، فصار أَوْلَى به منه، لأنه هذَّبه، وزاد فيه ما زيَّنه وحلَّاه. لَمْ أعرِف شيئًا مِن حالِه فأذْكُره». ينظر: «معجم الأدباء» لياقوت [٢٤٧٥/٦]، و«بغية الوعاة» للسيوطي [٧٠/١].

(٦) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٢٣١/٤].

(٧) أي: المُطَرِّزِيّ ﵀.

(٨) ينظر: «تهذيب اللغة» للأزهري [١٢٣/١١].

والقياس يأبى جوازه؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنْفَعَةُ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ، وإضافة [١١٢ ظ] التَّمْلِيْك إِلَى مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهِ الْآثَارُ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «أَعْطُوا الأَجِيْرَ أَجْرَهُ قَبْل أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ» وَقَوْلَهُ ﷺ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيْرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» وَتَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَى حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ، وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ المَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَيْهَا لِيَرْتَبِطَ

غاية البيان

وما تعاوَن فيه القياسُ والسماعُ أقوىٰ مِن غيرِه.

فالحاصلُ [٢/٨٣/٤و]: أنك إذا قُلْتَ: آجَرَه الدارَ والمملوكَ؛ فهو مِن أفعَلَ لا غيرَ، وإذا قُلْتَ: أَجَرَ الأجيرَ؛ كان مُوجَّهًا، وأمَّا قولُهم [٦/٢٩١ظ/م]: آجرْتُ منك هذا الحانوتَ شهرًا، فزيادةُ «مِن» فيه عامِيَّةٌ، واسمُ الفاعلِ مِن نحوِ آجَرَه الدارَ: مُؤْجِرٌ، والآجِرُ في معناه غلَطٌ، إلا إذا صحَّتْ روايتُه عن السلَفِ، فحينئذٍ يَصِيرُ نظيرَ قولِهم: مكانٌ عاشِبٌ، وبلدٌ ماحِلٌ، في معنىٰ: مُعْشِبٌ ومُمْحِلٌ، واسمُ المفعولِ منه: مُؤْجَرٌ لا مُؤَاجَرٌ، ومِن الثاني: مُؤْجَرٌ ومُؤَاجَرٌ، ومَن قال: واجَرَ[١]؛ فعُذْرُه أنه بَناه علىٰ يُؤَاجِرُ، وهو ضعيفٌ»[٢]. إلىٰ هنا لفظُ «المغرب».

قولُه: (وَالْقِيَاسُ يَأْبَىٰ جَوَازَهُ)، أي: جوازَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ؛ لكونِ المَنَافِعِ مَعْدُومَةً في الحالِ.

قولُه: (وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الْآثَارُ)، مِثْلُ قوله ﷺ: «أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»[٣]. وقد مَرَّ بيانُ ذلك قبلَ هذا.

قولُه: (وَتَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَىٰ حَسَبِ حُدُوثِ الْمَنْفَعَةِ)، اعلم: أن عَقْدَ

(١) وقع بالأصل: «مؤاجر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المغرب».

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٨ - ٢٩].

(٣) مضىٰ تخريجه.

وَيَحدثُ بِالقبولِ، ثُمَّ عَمَلُهُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ مِلْكًا وَاسْتِحْقَاقًا حَالَ وُجُودِ الْمَنْفَعَةِ.

غاية البيان

الإجارةَ ينعقدُ بإقامةِ الدارِ مقامَ المَنْفَعةِ في حقِّ الانعقادِ، لا في حقِّ المِلْكِ؛ لأن الملكَ يتأخَّرُ إلى حدوثِ المَنْفَعَةِ، فعلى حسبِ حدوثِ المَنافعِ يَنْعَقِدُ ساعةً فساعةً.

وعندَ الشَّافِعيِّ رحمه الله: حالةَ العقدِ يَثْبُتُ المِلْكُ في المَنافعِ التي ستَحْدُثُ بإقامةِ الدارِ مقامَها، ويُجْعَلُ المَنافعُ موجودةً تقديرًا[1]، وإنْ كانت مَعْدُومةً حقيقةً[2].

بيانُ ما قُلنا: هو أن العقدَ لا بُدَّ له مِن محلٍّ؛ لأن المحلَّ شرْطُ صحَّةِ العقدِ؛ لأن العقودَ لا تَصحُّ بلا مَحَلٍّ، ولهذا قال الفقهاءُ: المَحالُّ شروطٌ.

ومحلُّ العقدِ هنا: هي المَنافعُ، وهي مَعْدُومةٌ، فلا يَصْلُحُ المَعْدُومُ محلًّا للعقدِ، فجُعِلَتِ الدارُ محلًّا للعقدِ بإقامتِها مقامَ المَنافعِ التي ستُوجَدُ؛ لأن الدارَ محلُّ المَنافعِ تصحيحًا للعقدِ، حتى يرتَبِطَ الكلامانِ؛ وهما الإيجابُ والقَبولُ، أحدُهما بالآخرِ على وَجْهٍ يَكُونانِ عِلَّةً صالحةً في إفادةِ الحُكْمِ، وهي مِلْكُ المَنافعِ التي ستُوجَدُ.

والمرادُ مِن انعقادِ العِلَّةِ ساعةً فساعةً في كلامِ مشايخِنا ـ على حسبِ حدوثِ المنافعِ ـ: هو عملُ العِلَّة ونفاذُها في المحلِّ ساعةً فساعةً، لا ارتباطُ الإيجابِ بالقَبولِ كلَّ ساعةٍ، وإنْ كان ظاهرُ كلامِ مشايخِنا يُوهِمُ ذلك، والحُكْمُ تأخَّر مِن زمانِ انعقادِ العِلَّةِ إلى حدوثِ المَنافعِ ساعةً فساعةً؛ لأنَّ الحُكْمَ قابلٌ للتراخِي؛ كما في البَيْعِ بشَرْطِ الخيارِ.

وفَسَّرَ بعضُ مشايخِنا على وَجْهٍ آخرَ فقال: اللفظانِ الصادرانِ منهما ـ مضافَيْنِ

---

(1) وفائدةُ الخلاف: تظْهر عند قوله: الأُجْرة لا تجب بالعقد. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(2) ينظر: «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٢٤٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/ ١٧٦]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٥/ ٣٢٠].

وَلَا تَصِحُّ حَتَّىٰ تَكُونَ الْمَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً؛ ....

إلىٰ محلِّ المَنْفَعَةِ وهو الدارُ ـ صحًّا كلامًا، وهو عَقْدٌ بينَهما؛ إذِ العقدُ فِعْلُهما، ولا فِعْلَ يَصْدُرُ منهما بسوىٰ ترتيبِ القَبُولِ علىٰ الإيجابِ، ثم الانعقادُ حُكْمُ الشَّرْعِ [٦/٢٩٢و/م] يَثْبُتُ وصفًا لكلامَيْهِما شرعًا.

والعِلَّةُ الشَّرْعِيَّةُ مُغايرةٌ للعِلَلِ العَقْلِيَّةِ، فإنها يَجُوزُ أنْ تَنْفَكَّ عن معلولاتِها، فجَاز أن يُقَالَ: العقدُ وُجِدَ، وأنه عبارةٌ عن كلامَيْهِما، والانعقادُ تراخَىٰ إلىٰ وجودِ المَنَافِعِ ساعةً فساعةً، بخلافِ العِلَلِ العَقْلِيَّةِ؛ فإن الانكسارَ لا يَصِحُّ انفكاكُه عن الكسرِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَلْزَمُ علىٰ ما قُلْتُم تبديلُ الحقيقةِ في حقِّ إضافةِ العقدِ، وذلك لا يَجُوزُ؛ لأنكم أقمْتُم الدارَ مقامَ المَنْفَعَةِ المَعْدُومَةِ التي هي محلُّ العقدِ حقيقةً.

قُلْتُ: تبديلُ الحقيقةِ فيما قال الشَّافعيُّ ﷺ، لا فيما قُلنا؛ لأنه جعلَ المَنَافِعَ المَعْدُومَةَ حقيقةً موجودةً تقديرًا، ونحن أقَمْنا محلَّ المَنَافعِ ـ وهو الدارُ ـ مقامَ المَنَافعِ تصحيحًا للعقدِ باعتبارِ شَرْطِه، وإقامةُ شيءٍ مقامَ غيرِه في مُراعاةِ شَرْطِ العقدِ ليس بتبديلِ الحقيقةِ، بل هو تبديلُ حُكْمٍ شرعيٍّ بدليلٍ شرْعيٍّ، كما إذا أوصىٰ بوصيَّةٍ مُضافةٍ إلىٰ ما يُثْمِرُ نَخِيلُه العامَ.

ثم عَقْدُ الْإِجَارَةِ علىٰ ما عُرِفَ في أصولِ الفقهِ: عِلَّةٌ اسمًا لإضافةِ الحُكْمِ إليه، ومَعْنًىٰ لكونِه مؤثِّرًا فيه، لا حكمًا لتراخِي الحُكْمِ عنه.

قولُه: (وَلَا تَصِحُّ حَتَّىٰ تَكُونَ الْمَنَافعُ مَعْلُومَةً [٢/٤٨٣ظ]، وَالْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

أَمَّا الأُجْرَةُ: فَلِما رَوَيْنا قبلَ هذا عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخُدْرِيِّ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].

لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلَهُ تُفْضِي إِلَىٰ المُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ فِي البَيْعِ.

وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ ثَمَنُ

﴾ غاية البيان ﴿

قَالَ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»[1].

وأمَّا المَنَافِعُ: فلأنَّها معقودٌ عليها، وجهالتُه تُفْسِدُ العقدَ؛ لإفضائِها إلىٰ المُنَازَعَةِ المانعةِ من التَّسْليمِ والتَّسلُّمِ، وكذا جهالةُ الأُجرةِ مُفْسِدٌ للعقدِ لهذا المعنىٰ، فصار جهالةُ المَنَافِعِ والأُجرةِ هنا كجهالةِ المَبِيعِ والثَّمَنِ في بابِ البَيْعِ.

قولُه: (لِمَا رَوَيْنَا)، إشارةً إلىٰ قولِه ﷺ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»[1]، ويَصْلُحُ هذا الحديثُ دليلًا لاشتراطِ إعلامِ الأُجْرةِ بعبارتِه، ولاشتراطِ إعلامِ المَنَافِعِ بدلالتِه.

أمَّا العبارةُ: فظاهرةٌ، وأمَّا الدلالةُ: فلأنَّ الأُجْرةَ معقودٌ بها، والمَنَافِعُ معقودٌ عليها، والأصلُ في العقدِ هو المعقودُ عليه، لا المعقودُ به؛ لأنه تبَعٌ، فكان اشتراطُ الإعلامِ في التبعِ لرَفْعِ الجهالةِ، مع أنه ليس بمقصودٍ اشتراطًا له في الأصلِ، وهو مقصودٌ بطريقِ الدلالةِ بالطريقِ الأَوْلَىٰ.

قولُه: (وَمَا جَازَ أَنْ [٦/٢٩٢ظ/م] يَكُونَ ثَمَنًا فِي الْبَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وذلك لأن الأُجرةَ في بابِ الإِجَارَةِ؛ كالثمنِ في بابِ البَيْعِ؛ لأن الإِجَارَةَ بَيْعُ المَنَافِعِ، فما صَلُح أن يَكُونَ ثمنًا ثَمَّةَ؛ صَلُح أنْ يَكُونَ بدَلَ المَنَافِعِ هنا.

قال الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرحه»: «وهذا الذي ذكرَه ليس علىٰ وَجْهِ

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

الْمَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ الْمَبِيعِ. وَمَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا كَالْأَعْيَانِ.

غاية البيان

الحدَّ، وأنه لا يَجُوزُ غيرُه[1]، يُبَيِّنُ ذلك: أن الأعيانَ لا تَكُونُ أثمانًا، وتَكُونُ أُجْرةً، وإنما ذكرَ ذلك؛ لأنه هو الغالبُ»[2]. إلى هنا لفظُه.

يعني: ما ذكَره القُدُوريُّ مُطَّرِدٌ، وليس بمنعكسٍ، وأراد بالأعيانِ: ما لم يَكُنْ مِثْلِيًّا كالحيوانِ، ثم الحيوانُ إنما يَصْلُح أُجْرةً إذا كان مُعَيَّنًا وإلا فلا، وقد رَوَيْنا تمامَ ذلك قبلَ هذا عن «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره» في الفرقِ بينَ المَبيعِ والثَّمَنِ: «ما يتَعَيَّنُ في العقدِ فهو مَبِيعٌ، وما لم يتَعَيَّنْ فهو ثمَنٌ، إلا أن يَقَعَ عليه لفظةُ البَيْعِ»[3].

قال الفَرَّاءُ: «الثَّمَنُ ما كان في الذمَّةِ»، فالدراهمُ والدنانيرُ أثمانٌ أبدًا، لا تتَعَيَّنُ بالعقدِ على أصولِ أصحابِنا، وإنما يَثْبُتُ في الذمَّةِ، والأعيانُ التي ليست مِن ذواتِ الأمثالِ مَبيعةٌ أبدًا، والمكيلاتُ، والموْزُوناتُ، والعددياتُ المتقاربةُ بينَ مَبِيعٍ وثمَنٍ، فإنْ قابَلَتْها الدراهمُ والدنانيرُ؛ فهي مَبيعةٌ أيضًا.

وإنْ كان في مقابَلَتِها عيْن: فإنْ كانت المكيلاتُ والمَوْزُوناتُ مُعَيَّنةً؛ فهي مَبيعةٌ أيضًا، وإنْ كانت غيرَ مُعَيَّنةٍ: فإنِ استُعْمِلَتْ استعمالَ الأثمانِ؛ فهي ثمنٌ، نُحوُ أنْ يَقُولَ: اشتريْتُ منك هذا العبدَ بكذا كذا حِنْطَةً ويَصِفُ.

وإنِ استُعمِلَتْ استعمالَ المَبيعِ: كان سَلَمًا[4]، نَحْوُ أنْ يَقُولُ: اشتريْتُ منك كذا حِنْطَةً بهذا العبدِ؛ فلا يَصِحُّ العقدُ إلا بطريقِ السَّلَمِ، والفلوسُ بمنزلةِ الدراهمِ

(١) وقع بالأصل: «غير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/٣٠٠].
(٣) ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرماني [ق/٤٩].
(٤) وقع بالأصل: «كان مبيعًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَهَذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صَلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ.

وَالْمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ، كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَىٰ، وَالْأَرَضِينَ لِلزِّرَاعَةِ، فَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَىٰ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا إِذَا كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتُ.

غاية البيان

والدنانيرِ في أنها لا تَتَعَيَّنُ بالتعيينِ[1]. كذا ذكَره الشيخُ أبو الفضلِ الكِرْمانِيُّ في «الإيضاح».

قولُه: (وَهَذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صَلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ)، أي: لفظُ القُدُورِيِّ بقولِه: «وما جاز أن يَكُونَ ثمنًا في البَيْعِ جاز أن يَكُونَ أُجْرةً»[2]، لا يَنْفِي أنْ يَجُوزَ أُجرةً ما لا يَكُونُ ثمنًا؛ كالحيوانِ إذا كان مُعَيَّنًا.

قولُه: (وَالْمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ، كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ لِلسُّكْنَىٰ، وَالْأَرَضِينَ لِلزِّرَاعَةِ، فَيَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَىٰ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّ مُدَّةٍ كَانَتْ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

لَمَّا ذكَرَ قبلَ هذا أن الْإِجَارَةَ لا تَصِحُّ حتىٰ تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً [٦/٢٩٣و/م]؛ شرَعَ يَذْكُرُ كيفَ تُعلَمُ المَنَافِعُ، فقال: تارةً [٢/٤٨٤و] تُعْلَمُ ببيانِ المدَّةِ، وتارةً تُعْلَمُ بنَفْسِ العقدِ بمجرَّدِ التَّسْمِيَةِ، وتارةً تُعْلَمُ بالتعْيينِ والإشارةِ، والكلُّ مذكورٌ إلىٰ آخرِ البابِ، وذلك لأن الدارَ إذا استُؤْجِرَتْ للسُّكْنَىٰ، وبيَّنَ مدَّةَ السُّكْنَىٰ شهرًا، أو سَنَةً، أو أكثرَ؛ كان قدْرَ المَنَافعِ [معلومًا فصحَّ العقدُ، وكذا إذا استُؤْجِرَتِ الأرضُ للزِّرَاعَةِ سَنَةً أو أكثرَ، جاز لكونِ المَنَافِعِ][3] مَعْلُومَةً، ثم المدَّةُ ليس فيها تقديرٌ خاصٌّ، بل تَجُوزُ الْإِجَارَةُ في مدَّةٍ مَعْلُومَةٍ، طالَتْ أو قصُرَتْ.

---

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/٤٩].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقَوْلُهُ: أَيِ مُدَّةٍ كَانَتْ. إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ يَجُوز طَالَتْ المُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً، وَلِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا، إِلَّا أَنَّ فِي الأَوْقَافِ لَا تَجُوز الإِجَارَةُ الطَّوِيْلَةُ؛ كَيْلَا يَدَّعِي المُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا وَهِيَ مَا زَادَ عَلَىٰ ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ المُخْتَارُ.

وقال في «شرح الأقطع»[1]: «قال الشَّافعيُّ ﷺ في أحدِ أقاوِيلِه: لا يَجُوزُ أكثرَ مِن سَنَةٍ، وما زاد على السَّنَةِ ففيه قولان: **أحدُهما**: يَجُوزُ ما شاء، **والآخرُ**: لا يَجُوزُ أكثرَ مِن ثلاثين سَنَةً[2]».

ولنا: أنها مدَّةٌ يَجُوزُ أن تَكُونَ أجَلًا في الديونِ، فجاز أنْ تَكُونَ أجَلًا في الْإِجَارَةِ كالسَّنَةِ، ولأنَّها مدَّةٌ مَعْلُومَةٌ، فجازتِ الْإِجَارَةُ عليها كالسَّنَةِ.

قالوا: صحَّةُ الْإِجَارَةِ بخلافِ القياسِ؛ لأن المَنَافِعَ المعقودَ عليها مَعْدُومَةٌ، وإنما جُوِّزَتْ للحاجةِ، والحاجةُ تَدْعُو إلىٰ سَنَةٍ في الزِّرَاعَةِ، ولا حاجةَ فيما وراءَ السَّنَةِ.

قُلنا: تعليلُكُم بِجَوازِ الْإِجَارَةِ بالحاجةِ متىٰ صحَّ وجَبَ أن يَطَّرِدَ، ويَجُوزُ في غيرِ موضعِ الحاجةِ أيضًا؛ لأنَّكُم لا تَقولون بالاستحسانِ.

علىٰ أنَّا نَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أن الحاجةَ مُنْتَفِيةٌ فيما وراء السَّنَةِ؛ لأنه إذا استأجَر أرضًا للغَرْسِ، أو لِلزِّرَاعَةِ، ربما يَكُونُ محتاجًا إلىٰ سنين، وكذا إذا استأجَر دارًا للسُّكْنَىٰ، ربما يَحْتَاجُ إلىٰ أنْ يَسْكُنَ فيها سنين؛ لأنه يُكْرَهُ التحوُّلُ عنها إلىٰ غيرِها كلَّ سَنَةٍ، فلَمَّا تحقّق الحاجة؛ بَطَلَ ما قالوا.

وفي أحدِ أقاويلِ الشَّافعيِّ: يَخْتَصُّ جوازُ الْإِجَارَةِ بثلثين سَنَةٍ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/٣٠٣].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٦/٢٠٥]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٣]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٩٦].

قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَىٰ صَبْغِ ثَوْبِهِ أَو خِيَاطَتِهِ، أَو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا، أَو يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا؛

لنا: أن ما زاد على الثلثين، جاز أن يَكُونَ أجَلًا في الديونِ، فجَاز أن يَكُونَ أجَلًا في الْإِجَارَةِ كالثلاثين، وتخصيصُ الثلاثين لا معنىٰ له؛ لأن الحاجةَ المُجَوِّزَةَ للإجارةِ تَشْمَلُ جميعَ المدَّةِ.

قال صاحبُ «الهداية»: (إِلَّا أَنَّ فِي الْأَوْقَافِ لَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ)، وهي ما زاد علىٰ ثلاثِ سنينَ، وذلك استثناءٌ مِن قولِه: **(يَجُوزُ طَالَتِ الْمُدَّةُ، أَوْ قَصُرَتْ)**، وللمشايخِ كلامٌ في إجارةِ الوقفِ.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «المُتوَلِّي إذا آجَرَ دارَ الوقفِ أكثرَ مِن سَنَةٍ، إنْ كان الواقفُ شرَط في صَكِّ الوقفِ ألَّا تُؤَاجَر أكثرَ مِن [٦/٢٩٣ظ/م] سَنَةٍ؛ لا يَجُوزُ، وإنْ لم يَشْتَرِطْ شيئًا جاز مقدارَ سَنَةٍ إلىٰ ثلاثِ سنين. كذا اختارَه الفقيهُ أبو الليثِ.

وقال الشيخُ الإمامُ أبو حفصٍ[1] **الكبيرُ**: في الضِّيَاعِ يَجُوزُ قَدْرُ ثلاثِ سنين، وفي غيرِ الضِّيَاعِ لا يَجُوزُ أكثرَ مِن سَنَةٍ.

وقال القاضي الإمامُ علي السَّغدِيُّ: لا يَنْبَغِي له أن يَفْعَلَ، ولو فَعَل صحَّتِ الْإِجَارَةُ»[2].

قولُه: **(قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَىٰ صَبْغِ ثَوْبِهِ أَو خِيَاطَتِهِ، أَو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا، أَو يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا)**، أي: قال القُدُورِيُّ في **«مختصره»**[3].

(١) وقع بالأصل: «أبو جعفر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢١٨].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].

لِأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَ الثَّوبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهِ وَجِنْسَ الخِيَاطَةِ وَالقَدْرَ المحمول وَجِنْسَهُ وَالمَسَافَةَ صَارَتْ المَنْفَعَة مَعْلُومَة فَصَحَّ العَقْدُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ: الإِجَارَة قَدْ

وقولُه: (بِنَفْسِهِ)[١]، أي: بنَفْسِ العقدِ، وفي بعضِ نُسَخِ «المختصر»: «وتارةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بالتسميةِ»[٢]، أي: تَصِيرُ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً بمجرَّدِ التَّسْمِيَةِ، بدونِ ذِكْرِ المدَّةِ، كما إذا استأجَر دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها مقدارًا معلومًا، مسافةً مَعْلُومةً، أو استأجَرَها ليركبَها مسافةً مَعْلُومَةً، وهو المرادُ بقولِه: (مَسَافَةً سَمَّاهَا).

فعَنْ هذا عرفْتَ[٣]: أن قولَه: (مَسَافَةً)، يتعلَّقُ بالحمْلِ والرُّكُوبِ جميعًا؛ وذلك لأنه إذا عَيَّنَ الثوبَ الذي يُصْبَغُ، ولوْنَ الثوبِ بأنه أحمَرُ أو نَحْوُهُ، وقَدْرَ الصِّبْغِ إذا كان مما يَخْتَلِفُ، وعَيَّنَ القدرَ المحمولَ على الدَّابَّةِ كمئةِ مَنٍّ[٤] ونحوِها، وَبَيَّنَ جنسَه وسمَّى المسافةَ، بأنْ يَقُولَ: إلى موضعِ كذا [٢/٤٨٤ظ]؛ صارتِ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً لا محالةَ، فصحَّ العقدُ.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَرُبَّمَا يُقَالُ: الْإِجَارَةُ قَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْعَمَلِ، كَاسْتِئْجَارِ الْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا، وَذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ، وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْوَقْتِ).

---

(١) لَمْ نَرَ هذا اللفظَ في شيء مِن نُسَخ: «مختصر القدوري» المطبوعة والمخطوطة التي في حوْزتنا! وقد نظرْنا في جملة مِن شروحه وحواشيه المطبوعة (كالخُلاصة، واللباب، والجوهرة، والتصحيح، والتنقيح، وغيرها)، وكذا في جملة مِن شروحه المخطوطة (كشرْح خُوَاهَر زَادَه والزاهِديِّ، والأسْبيجابِيِّ والكاذُورِيِّ، والأقطع) فلَمْ نَرَ أصحابها قد أشار إلى ما ذكَره المؤلف هنا!

(٢) هذا هو لفظ المطبوع «مختصر القُدُورِيِّ»، وكذا هو المُثْبَت في جملة مِن نُسَخه وشُروحه الخَطِّيَّة.

(٣) وقع بالأصل: «فعن عرفت هذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) المَنّ (وهي لغة تميم بالتشديد) والْمَنَا (على وزْن عَصَا): كَيْل معروف يُكَالُ به السَّمْنُ وغيره، أو مِيزان مقْدارُه رِطْلَان، ويُثَنَّى على: مَنَوَانِ ومَنَيَانِ ومَنَّانِ، والجَمْعُ: أمْناءٌ وأَمْنَانٌ وأمْنٍ ومُنِيٌّ ومِنِيٌّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

يَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْعَمَلِ كَاسْتِئْجَارِ الْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ. وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا وَذَلِكَ فِي الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ؛.........................

❁ غاية البيان ❁

وهذا الذي ذكره صاحبُ «الهداية»: إشارةٌ إلى تقسيم صاحبِ «التحفة» بقولِه: «الْإِجَارَةُ نوعانِ: إجارةٌ على المَنَافِعِ، وإجارةٌ على الأعمالِ، فلكلِّ نوعٍ شروطٌ وأحكامٌ.

أمَّا الْإِجَارَةُ على المَنافعِ: فكإجارةِ الدُّورِ، والمَنَازِلِ، والحَوانِيتِ، والضِّيَاعِ، وعَبِيدِ الخدمةِ، والدوابِّ للرُّكُوبِ والحَمْلِ، والثيابِ والحُلِيِّ للبْسِ، والأواني والظروفِ للاستعمالِ، فالعقدُ في ذلك كلِّه جائزٌ.

وشَرْطُ جوازِه أن تَكُونَ العينُ المُسْتَأْجرةُ مَعْلُومًا، والأُجرةُ مَعْلُومَةً، والمدَّةُ مَعْلُومَةً بيومٍ أَوْ شهرٍ أو سَنَةٍ؛ لأنه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ كَالبَيْعِ، وإعلامُ المَبِيعِ، والثَّمَنُ شرطٌ في البَيْعِ، فكذلك هاهنا، إلا أن المعقودَ عليه ههنا هو المَنَافِع، فلا بُدَّ مِن إعلامِها بالمدَّةِ، والعينُ الذي عُقِدَ عليه الْإِجَارَةُ على منافعِه.

وأمَّا الْإِجَارَةُ على الأعمالِ [٦/٢٩٤ م]: فكاستئجارِ الْإِسْكَافِ، والقَصَّارِ، والصَّبَّاغِ. وسائرِ مَن يُشْتَرطُ عليه العملُ في سائرِ الأعمالِ مِن حَمْلِ الأشياءِ مِن موضعٍ إلى موضعٍ ونحوِه، وهو نوعان: استئجارُ الأجيرِ المشتركِ، أو الأجيرُ الخاصُّ الذي يُسمَّى أجيرَ الوَحْدِ، فالأجيرُ المشتركُ كاسمِه، وهو الذي يَتَقَبَّلُ الأعمالَ مِن الناسِ، كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ ونحوِهما، وأجيرُ الوَحْدِ كاسمِه، وهو الذي يَعْمَلُ للواحدِ مُدَّةً مَعْلُومَةً[1].

فللأوَّلِ: أن يَعْمَلَ لهم جميعًا، وليس لمن استأجَرَه أنْ يَمْنَعَه عن العملِ

(١) وقع بالأصل: «الواحد معلوم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقع في: «التحفة».

تَكُونُ [١١٣/و] عَقْدًا عَلَى الْمَنفَعَةِ، كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الْوَقْتِ.

﴿ غاية البيان ﴾

لغيرِه، وفي أجيرِ الوَحْدِ: ليس له ذلك، ولِلْمُسْتَأجِرِ أنْ يمْنَعَهُ، ثم أحكامُهما تَخْتَلِفُ في بعضِ الأشياءِ، وتتَّفِقُ في البعضِ، فأجيرُ الوَحْدِ لا يَكُونُ ضامنًا للعينِ التي تُسَلَّمُ إليه للعملِ فيها.

كما إذا استأجَر يومًا أو شهرًا قصَّارًا، أو خيَّاطًا؛ ليعْمَلَ له لا غيرَ، حتى لو هلكَتْ في يدِه لا بصُنْعِه؛ لا يَضْمَنُ بالإجماعِ، وكذا لو تخرَّقَتْ بصُنْعِه الذي هو مِن العملِ المأذونِ فيها.

فأمَّا الأجيرُ المشتركُ: فلا يَكُونُ ضامنًا، والعينُ التي في يدِه أمانةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وعلى قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ: تَكُونُ مَضْمُونةً لو هلكَتْ بغيرِ صُنْعِه، إلا إذا هلكَتْ لحَرْقٍ غالبٍ، أو لغرَقٍ غالبٍ ونَحْوِ ذلك.

ولو تخرَّقَتْ بصُنْعٍ معتادٍ، بأنْ دَقَّ دَقَّ مِثْلِه، أوْ ألقاها في النُّورَةِ فاحترقَتْ، أو المَلَّاحُ إذا غرقتِ السفينةُ مِن عملِه، والحَمَّالُ إذا سقَط وفسَد الحَمْلُ، أو الراعي المشتركُ إذا ساق الدوابَّ، فضربَ بعضَها بعضًا في حالِ سياقِه، حتى هلكَتْ؛ تَكُونُ مَضْمُونَةً عندَ أصحابِنا الثلاثةِ.

وقال زُفرُ والشَّافعيُّ: لا يَضْمَنُ(١)، والمسألةُ معروفةٌ»(٢). كذا في «**التحفة**»، والباقي يُعْلَمُ فيها.

قولُه: (وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي أَجِيرِ الْوَحْدِ(٣))، ولنا فيه

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٢٨/٧]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٦٧/٤]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٥].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣٤٧/٢ - ٣٤٨].

(٣) قال العيني: وفي بعض النسخ: «بالأجير الواحد» والأول أصح. ينظر: «البناية شرح الهداية» [٢٣٠/١٠].

قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ، كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَىٰ مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَرَاهُ مَا يَنْقِلُهُ وَالْمَوْضِعُ الذِي يُحْمَلُ إِلَيْهِ كَانَتْ الْمَنْفَعَة مَعْلُومَة فَصَحَّ الْعَقْدُ.

غاية البيان

نَظَرٌ؛ لأن إجارةَ أجيرِ الوَحْدِ أيضًا عَقْدٌ على العملِ، ولكن يُشْتَرطُ فيها بيانُ المدَّةِ، ولهذا جعلَه صاحبُ «التحفة» أحدَ نَوْعَيِ الاستئجارِ على الأعمالِ كما ذكَرْنَاه آنفًا.

فلو قال صاحبُ «الهداية»: وقد يَكُونُ عقْدًا على المَنْفَعَةِ؛ كاستئجارِ الدُّورِ والحَوَانِيتِ ونحوِها؛ كان أَوْلَىٰ.

وأجيرُ الوَحْدِ: بالإضافةِ، أي: أجيرِ المُسْتَأْجِرِ الواحدِ، ولا لامَ في المضافِ، بخلافِ الأجيرِ المشتركِ، أي: المشتركِ فيه، فإن المشتركَ صفةُ الأجيرِ، فلا بُدَّ [٤٨٥/٢و] مِن اللامِ فيه، ويَجُوزُ تحريكُ الحاءِ مِن الوَحْدِ؛ لأنه بمعنى الواحدِ أيضًا.

قولُه: (قَالَ: وَتَارَةً تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ [٢٩٤/٦ظ/م]، كَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هَذَا الطَّعَامَ إِلَىٰ مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلك لأنه إذا أشار إلى الطعامِ المحمولِ وقال: احمِلْ هذا الطعامَ بكذا، وسمَّى المسافةَ وقال: إلى موضعِ كذا؛ كان قَدْرَ المَنْفَعَةِ معلومًا، فصحَّ العقدُ بدونِ ذِكْرِ المدَّةِ.

ثم اعلم: أن القُدُورِيَّ ﷺ ذكَر أوَّلًا اشتراطَ إعلامِ المَنَافِعِ والأُجرةِ جميعًا لصحَّةِ الْإِجَارَةِ، ثم ذكَر إعلامَ المَنَافعِ كيفَ تَكُونُ، ولم يُبَيِّنْ إعلامَ الأُجرةِ، وتَبِعَه صاحبُ «الهداية» في الاقتصارِ على ما ذكَرَه، وقد ذَكَرْنا نحن قبلَ هذا في أوَّلِ كتابِ الإجاراتِ عن «شرح الطَّحَاوِيِّ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

. . . .

فإنْ كان الأجرُ مِن النقديْنِ فيُشْتَرَطُ بيانُ القدرِ، ويَقَعُ على نقْدِ البلدِ، وإنْ كان كيْلِيًّا أو وزْنِيًّا أو عدديًّا متقاربًا؛ فيُشْتَرَطُ بيانُ القدرِ والصفةِ ومكانِ الإيفاءِ أيضًا عندَ أبي حنيفةَ إذا كان له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ.

وإنْ كان ثوبًا أو عَرْضًا؛ فيُشْتَرَطُ بيانُ القدرِ والصفةِ والأجَلِ، وإذا كان عينًا كفَتِ الإشارةُ في جميعِ ذلك، وإنْ كان حيوانًا يَجُوزُ إذا كان عينًا، وإنْ كان مَنْفَعَةً: فإنْ كان مِن جنسِ المُسْتَأْجرِ لَمْ يَجُزْ، وإنْ [كان][1] بخلافِ الجنسِ، جاز كالركوبِ والسُّكْنَى.

واللهُ ﷻ أعلمُ بالصوابِ، وإليه المآبُ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بَابُ
الْأَجْـرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ

قَالَ: الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

غاية البيان

بَابُ
الْأَجْـرِ مَتَى يُسْتَحَقُّ

لَمَّا ذكَر قبلَ هذا أن الْإِجَارَةَ لا تَصِحُّ حتَّى تكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، والأُجرةُ مَعْلُومَةً، ذكَر هنا وَقْتَ وجوبِ الأُجرةِ واستحقاقِها، وما يتعَلَّقُ به مِن المسائلِ فقال: (الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ)، أي: لا يَجِبُ تسليمُها وأداؤُها بمجرَّدِ العقدِ، بل تَسْتَحِقُّ بأحدِ معانٍ ثلاثةٍ.

قولُه: (قَالَ: الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[١].

وعندَ الشَّافعيِّ ﵀: تُمْلَكُ الأُجرةُ بنَفْسِ العقدِ[٢].

وفائدةُ هذا الخلافِ: ما ذكَره علاءُ الدِّينِ العالمِ في «**طريقة الخلاف**»[٣]: وهو ألَّا يَثْبُتَ للمُؤْجِرِ ولايةُ المطالَبةِ بتسليمِها في الحالِ، ولو كانتِ الأُجرةُ عبدًا - وهو قريبُه - لا يَعْتِقُ عليه في الحالِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٣].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٣٠/٨]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٥١/٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٤/٥].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٣].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلَكُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ المَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً حُكْمًا ضَرُورَةَ تَصْحِيحِ العَقْدِ فَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ البَدَلِ.

غاية البيان

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: تُمْلَكُ بنَفْسِ العقدِ حتى يَثْبُتَ للآجِرِ ولايةُ المطالَبةِ بتسليمِها في الحالِ، ولو كانتِ الأُجرةُ عبدًا ـ وهو قريبُه ـ يَعْتِقُ عليه في الحالِ، وهذا بناءً على ما ذَكَرْنا قبلَ هذا: أن الدارَ قائمةٌ مقامَ المَنْفَعةِ في حقِّ الانعقادِ، لا في حقِّ المِلْكِ عندَنا.

أمَّا عندَ الشَّافعيِّ ﷺ: فالمِلْكُ في المَنافعِ يَثْبُتُ حالةَ العقدِ بإقامةِ الدارِ مقامَها، وقد مَرَّ تحقيقُ الكلامِ.

ولنا: ما رَوَيْنَا في أوَّلِ كتابِ الإجاراتِ عن «**الصحيح البُخَارِيِّ**»: عن أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: قَالَ: «**قَالَ اللهُ** [٦/٢٩٥و/م] ﷻ: **ثَلاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَىٰ بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَىٰ مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ**»(١).

وجهُ الاستدلالِ به: أنه ذمَّه علىٰ تأخيرِ الأجرِ بعدَ العملِ، ولو كانتِ الأُجرةُ تَجِبُ بنَفْسِ العقدِ؛ لذَمَّه على التأخيرِ مِن زمانِ العقدِ.

والدليلُ علىٰ أنها غيرُ مستحَقَّةٍ بالعقدِ: قولُه تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فأوجبَ الأُجرةَ بعدَ الرَّضاعِ.

ويَدُلُّ عليه أيضًا: قولُ النبيِّ ﷺ في حديثِ أَبِي هُرَيْرَةَ [٢/٤٨٥ظ]: «**أَعْطِ الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ**»(١)، وهذه حالَ فراغِه مِن العملِ، ولأنه مالٌ في مقابلةِ مَنْفَعَةٍ، فلا يُسْتَحقُّ بنفسِ العقدِ كالرِّبْحِ في المُضَارَبةِ، ولا يَلْزَمُ المهرُ؛ لأنه عندَنا في مقابلةِ مِلْكِ الإباحةِ دونَ المَنْفَعَةِ؛ بدليلِ أنه لو مات أحدُ الزوجيْنِ قبلَ

(١) مضىٰ تخريجه.

وَلَنَا: أن العَقْدَ يَنعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَىٰ حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَا، وَالعَقْدُ مُعَاوَضَةٌ، وَمِنْ قَضِيَّتِهَا المُسَاوَاةُ، فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّرَاخِي فِي جَانِبِ المَنْفَعَةِ التَّرَاخِي فِي البَدَلِ الآخَرِ، وَإِذَا اسْتَوْفَىٰ المَنْفَعَةَ يَثْبُتُ المِلْكُ فِي الأَجْرِ لِتَحَقُّقِ التَّسْوِيَةِ. وَكَذَا إِذَا شَرطَ التَّعْجِيلَ أَوْ عَجَّلَ؛ لِأَنَّ المُسَاوَاةَ أَثْبَتَتْ حَقًّا لَهُ وَقَدْ أَبْطَلَهُ.

غاية البيان

الدخولِ لا يَسْقُطُ المهرُ، ولو كان في مقابلةِ المَنَافعِ لسَقَطَ؛ لأنه لم يوجَدِ الانتفاعُ[1]، كما لو تَلِفَتِ العينُ المُسْتَأْجرةُ، ولأن الإِجارةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وقضيَّتُها المساواةُ بين المتعاقِدَيْنِ في المِلْكِ، ثم المُسْتَأْجِرُ لم يمْلِكِ المَنَافِعَ بعدُ؛ لأنها مَعْدُومَةٌ، فلا يَمْلِكُ المُؤْجِرُ الأُجرةَ أيضًا تحقيقًا للمعادلةِ بينَهُما، بخلافِ ما إذا عُجِّلَتِ الأُجرةُ مِن غيرِ شرْطٍ، أو شُرِطَ التعجيلُ؛ لأنه أسقطَ حقَّه في استحقاقِ المعادلةِ.

احتجَّ الخصمُ: بأنه عِوَضٌ في عَقْدٍ يتعَجَّلُ[2] بالشرطِ، فجاز أن يَتَعَجَّلَ بمُطْلَقِ العقدِ كالثمنِ في البَيْعِ.

والجوابُ: أنه لا يمْتَنِعُ أنْ يُسْتَحقَّ بالشرطِ، ولا يُسْتَحَقُّ عندَ الإطلاقِ كنَقْدِ غيرِ البلدِ، والخيارُ في البَيْعِ والتأجيلِ في الثَّمَنِ يَثْبُتانِ بالشرطِ، وعندَ الإطلاقِ لا يَثْبُتانِ، والمعنىٰ في الثَّمَنِ أنه بمقابلةِ المَبيعِ، فملَكَه المُشْتَرِي جملةً، ويمْلِكُ البَائعُ الثَّمَنَ أيضًا جملةً، فوجَب علىٰ المُشْتَرِي تسليمُ الثَّمَنِ، والأُجرةُ بمقابلةِ المَنَافعِ، ولا يُمْكِنُ تسليمُ المَنَافعِ جملةً؛ لأنها تحْدُثُ شيئًا فشيئًا، فكذلك العِوَضُ لا يُسْتَحقُّ تسلِيمُه جملةً واحدةً.

قالوا: عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ لا يَمْلِكُ كلُّ واحدٍ مِن المتعاقِدَيْنِ فسْخَه مِن غيرِ عُذرٍ،

(١) وقع بالأصل: «للانتفاع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «بتعجيل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

فوَجَبَ أنْ يُسْتَحقَّ العِوَضُ فيه بمُطْلَقِ العقدِ كالنِّكَاحِ.

قلنا: يَنْتَقِضُ بِالمُسَاقَاةِ فإنها عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ لا يمْلِكُ كُلُّ واحدٍ منهما فسْخَه، ولا يُسْتَحقُّ العِوَضُ بمُطْلَقِ العقدِ.

والمعنى في الأصلِ: أنه يُسْتَحقُّ بموتِ أحدِ الزوجيْنِ، ومعلومٌ أن الزوجَ لم يَسْتَوْفِ المَنَافِعَ، وكذلك لو عادتِ المَنَافِعُ إليها [٦/٢٩٥ظ/م] كما كانت، بأنْ طَلَّقها قبلَ الدخولِ؛ يُسْتَحقُّ نصفُ الصداقِ، فدلَّ [على](١) أن حُكْمَهُ آكَدُ، وليس يَقِفُ وجوبُه على قَبْضِ المعقودِ عليه، بخلافِ الْإِجَارَةِ، فإن الدارَ لو هلكَتْ تُرَدُّ الأُجرةُ، ولو عادتِ المَنَافعُ إليه بالفسخِ لا يُسْتَحقُّ النصفُ، فضَعُفَ حُكْمُها، فلم يُسْتَحقَّ بمُطْلَقِ العقدِ.

يُوضِّحُه: أنه لو سَكَتَ عن تسميةِ العِوَضِ في النِّكَاحِ، أو نفاه؛ يَثْبُتُ لتأكُّدِه، ولا يَبْطُلُ العقدُ، بخلافِ الْإِجَارَةِ.

فإنْ قيل: لو لم يمْلكِ المَنَافِعَ؛ يَلْزَمُ الافتراقُ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ.

قلنا: لو صحَّ ذلك لزِم التقابُضُ في المجلسِ، فلَمَّا جاز التفرُّقُ مِن غيرِ تقابُضٍ، ولا يَكُونُ ذلك دَيْنًا بِدَيْنٍ؛ بَطَلَ ما قالوا، ولا يَلْزَمُ علينا صحَّةُ الإبراءِ عن الأُجرةِ والكفالةِ والرَّهْنِ بها.

لِأَنَّا نَقُولُ: ذاك بناءً على وجودِ السببِ، فصار كالعفوِ عن القِصَاصِ بعدَ وجودِ الجرحِ، والباقي يُعْلَمُ في «**الأسرار**»، ونُسَخِ «**طريقة الخلاف**»(٢).

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) يعني: يُنْظَر في الكتب التي عُنِيَتْ بذِكْر طريقة الخلاف. وينظر منها: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٣ - ٣٦٥].

وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنِ الْمَنْفَعَةِ لَا يُتَصَوَّرُ فَأَقَمْنَا تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ مَقَامَهُ إِذْ التَّمَكُّنُ مِنَ الانْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ.

غاية البيان

قوله: (وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الْأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]، إلَّا أن القُدُورِيَّ ذكَرَ هذه المسألةَ بعدَ قولِه: «**والواجبُ في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ: أجرُ المِثْلِ، لا يتجاوَزُ به المُسمَّىٰ**»، وذِكْرُها في هذا الموضعِ أنسبُ؛ لأنه ذَكَر قبلَ هذا وجوبَ الأُجْرةِ باستيفاءِ المعقودِ عليه، وهنا ذَكَر وجوبَها بالتمَكُّنِ مِن الاستيفاءِ؛ لأنها كما تَجِبُ باستيفائِه تَجِبُ بالتمَكُّنِ مِن استيفائِه.

ولكن إذا كانتِ الْإِجَارَةُ صحيحةً، فإذا كانت فَاسِدةً؛ لا يَجِبُ شيءٌ بمجرَّدِ التمَكُّنِ مِن الاستيفاءِ؛ وذلك لأن الواجبَ علىٰ الأجْرِ تسليمُ العينِ التي تحدُثُ منها المَنَافِعُ في مدَّةِ الْإِجَارَةِ، لا تسليمُ المَنْفَعَةِ؛ لأن تسليمَ عينِ المَنْفَعَةِ لا يُتَصَوَّرُ، فقام تسليمُ العينِ مقامَ تسليمِ المَنْفَعَةِ.

ولكن يُعْتَبرُ التَّسْلِيمُ علىٰ وَجْهٍ يُمْكِنُ [٤٨٦/٢و] الانتفاعُ بها، وقد تحقَّقَ التَّسْلِيمُ علىٰ هذا الوجه، فمتىٰ تحقَّقَ التَّسْلِيمُ المُسْتَحقّ؛ وجَبَ الأجرُ، وإن لم يُنْتَفَع بها، كما إذا قبَضَ المَبِيعَ[2] ولم ينتَفِعْ به.

قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ومَنِ استأجَر دَابَّةً إلىٰ مكانٍ معلومٍ لِيَرْكَبَها، فذهبَ بها ولم يَرْكَبها، ولم يَحْمِلْ عليها شيئًا؛ فإنه يَجِبُ الأجرُ، وكذلك إذا استأجَر دارًا لِيَسْكُنَها، فسلَّمَ المُؤْجِرُ المفتاحَ إليه، ومضَتِ المدَّةُ؛ فإنه يَجِبُ الأجْرُ عليه، سكَنَ الدارَ [٢٩٦/٦و/م] أو لم يَسْكُنْ، إلا إذا منَعَه مانعٌ مِن السلطانِ أَوْ غيرِه، فأخرَجه ولم يُمْكِنْ دَفْعُه عنها؛ فإنه لا يَجِبُ الأجرُ عليه»[3].
إلىٰ هنا لَفْظُه ﵀.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٤].
(٢) وقع بالأصل: «قبض المنتفع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٧].

. . . .

وقال في «شرح الأقطع»[1]: «قال أصحابُنا: إذا استأجَر دَابَّةً إلىٰ الكوفةِ فسلَّمها المُؤْجِرُ، وأمسَكها المُسْتَأْجِرُ ببغدادَ حتَّىٰ مضَتْ مدَّةٌ يُمْكِنُه المسِيرُ فيها إلىٰ الكوفةِ، فلا أجْرَ عليه، وإنْ ساقَها معَه إلىٰ الكوفةِ، ولم يَرْكَبْهَا حتَّىٰ مضَتْ مدَّةٌ يُمْكِنهُ المسِيرُ فيها إلىٰ الكوفةِ؛ فلا أجْرَ عليه، وإنْ ساقَها معَه إلىٰ الكوفةِ ولم يَرْكَبْهَا؛ وجَبَتِ الأُجرةُ.

وقال الشَّافعيُّ ﵀: تَجِبُ الأُجرةُ في الوجهَيْنِ[2]».

دليلُنا: أن العقدَ وقَع علىٰ مسافةٍ، فالتَّسْلِيمُ في غيرِها لا يُسْتَحَقُّ به البدلُ، كما لو وقَع علىٰ مدَّةٍ فسَلَّم في غيرِها، فإنه لا يُسْتَحَقُّ البدلُ.

فإنْ قيل: إن المُسْتَأْجرَ قبَضَ العينَ المُسْتَأْجرةَ، وتمَكَّن مِن اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ المعقودِ عليها، فوَجَبَ أن تستقرَّ الأُجرةُ عليه. أصْلُه: إذا استأجَرَها شهرًا للرُّكُوبِ.

قيل له: التمَكُّنُ مِن الاستيفاءِ في غيرِ محلِّ المعقودِ عليه؛ كالتمَكُّنِ مِن الاستيفاءِ في غيرِ المدَّةِ، فلا يَسْتَقِرُّ به البدلُ.

والمعنىٰ في الأصلِ: أن العقدَ وقَع علىٰ المدَّةِ، وفي مسألتِنا وقَع العقدُ علىٰ العملِ.

وفرْقُ ما بينَهما: كما لو استأجَر رجلًا لخياطةِ ثوبٍ، أوِ استأجَره يومًا للخياطةِ[3].

والحاصلُ: أن هنا قيودًا لوجوبِ الأُجرةِ:

---

(١) ينظر: شرح مختصر القدوري للأقطع [١/ق/٣١٥].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٣٩/٧]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٣/٥ ـ ١٧٤].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣١٥].

. . . .

غاية البيان

أحدُها: التمَكُّنُ مِن الاستيفاءِ في المدَّةِ حتَّى إذا لم يتَمَكَّنْ مِن اسْتِيفَاءِ المَنَافعِ، أو تمَكَّنَ في غيرِ المدَّةِ؛ لا يَجِبُ الأجرُ.

والثاني: أن تَكُونَ الْإِجَارَةُ صحيحةً.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال في «**تتمة الفتاوىٰ**»: «لا يَجِبُ الأجرُ في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ بالتمَكُّنِ مِن اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ، وإنما يَجِبُ بحقيقةِ الاستيفاءِ، بخلافِ الْإِجَارَةِ الصحيحةِ، فإن الأُجرةَ فيها تَجِبُ بالتمَكُّنِ مِن اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ، ثم في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ.

وإنما يَجِبُ الأجرُ بحقيقةِ الاستيفاءِ إذا وُجِدَ التَّسْلِيمُ إلىٰ المُسْتَأْجِرِ من جهةِ الآجِرِ، أمَّا إذا لم يُوجَدِ التَّسْلِيمُ إليه مِن جهةِ الآجِرِ، لا يَجِبُ الأجْرُ وإنِ اسْتَوْفَىٰ المَنْفَعَةَ»[1]. ونقلَه عن بيوعِ «**الجامع الكبير**» في بابِ مُتَّصلٍ بالبابِ الطويلِ.

والثالثُ: أن يَكُونَ التمَكُّنُ مِن الاستيفاءِ في الموضعِ الذي أُضِيفَ إليه العقدُ، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ رحمه الله وقد مَرَّ آنفًا.

وقال شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ: «إذا وقعتِ الْإِجَارَةُ مُطْلَقةً؛ كان ابتداءُ المدَّةِ عَقِيبَ العقدِ متواليًا، وعندَ الشَّافعيِّ رحمه الله: لا يَكُونُ عَقِيبَ العقدِ إلا بالشرطِ[2]، فإنْ تركَ الشرطَ يَفْسُدُ؛ لأنه ليس بعضَ المُدَدِ بأَوْلَىٰ مِن البعضِ، كما لو أَوْجَبَ صومَ شهرٍ.

ولنا: قصْدُ الصِّحَّةِ والفائدةِ، ولا صحَّةَ إلَّا علىٰ هذا الوجهِ؛ لأن أحدَهما يَقُولُ: أُسَلِّمُ في مدَّةِ كذا، وهو يَقُولُ: لا بل في مدَّةِ كذا، فيؤدِّي إلىٰ مُنَازَعَةٍ مانعةٍ

---

(١) ينظر: «تتمة الفتاوىٰ» للصدر الشهيد [ق/١١٢].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٠٧/٧]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [١٦٩/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٤٦/٢].

. . . .

[٢٩٦/٦ط/م] مِن التَّسْلِيمِ أو التَّسَلُّمِ، ولهذا نَجْعَلُهَا متواليةً؛ لِئَلَّا تصيرَ مجهولةً فيُؤَدِّي إلىٰ هذا.

فإنْ حدَث بعدَ التَّسْلِيمِ مانعٌ مِن الانتفاعِ، بأنْ غُصِبَ العينُ، أو حدَث به عَيْبٌ يَمْنَعُ مِن الانتفاعِ، أو الزرعُ يَنْقَطِعُ عنه الشِّرْبُ[1] والرَّحَا يَنْقَطِعُ ماؤُه [٤٨٦/٢ظ]، تَسْقُطُ الأُجرةُ بقَدْرِه، ويَلْزَمُ فيما اسْتَوْفَىٰ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ تُمْلَكُ حالًا فحالًا علىٰ حسبِ الوجودِ، فإذا تعذَّر المِلْكُ والتَّسْلِيمُ في البعضِ؛ لا يَجِبُ البدلُ بقَدْرِه، كما في المَبِيعِ قبلَ القبضِ». كذا في «**الكفاية**».

وقال في «**خلاصة الفتاوىٰ**»: «إذا آجَرَ دارًا وسلَّمَها فارغةً إلا بيتًا؛ كان مشغولًا بمتاعِ الآجِرِ، أو سَلَّمَ إليه جميعَ الدارِ، ثم انتزعَ بيتًا منها مِن يدِه؛ رُفِع عن الأجْرِ بحِصَّةِ البيتِ، ولكن بشَرْطِ التمكُّنِ مِن اسْتِيفَاءِ المَنَافِعِ في المدَّةِ التي ورَد عليه العقدُ في المكانِ الذي أُضِيفَ إليه العقدُ.

فأَمَّا إذا لم يَتَمَكَّنْ من الاستيفاءِ أصلًا، أو تمكَّن مِن الاستيفاءِ في المدَّةِ في غيرِ المكانِ الَّذي أُضِيفَ إليه العقدُ، أوْ تمكَّنَ مِن الاستيفاءِ في المكانِ الذي أُضِيفَ إليه العقدُ خارجَ المدَّةِ؛ لا يَجِبُ الأجْرُ، حتىٰ إنَّ مَنِ استأجَر دَابَّةً يومًا للرُّكُوبِ، فحبَسَها المُسْتَأْجِرُ في منزِله ولم يَرْكَبْهَا حتىٰ مضَىٰ اليومُ، فإنِ استأجَرَها للرُّكُوبِ في المصرِ؛ يَجِبُ عليه الأجْرُ؛ لتمَكُّنِه مِن الاستيفاءِ في المكانِ الذي أُضِيفَ إليه العقدُ، وإنِ استأجَرَها للرُّكُوبِ خارجَ المِصْرِ؛ لا يَجِبُ الأجْرُ إذا حبَسَها في المِصْرِ؛ لعدمِ تمَكُّنِه مِن الاستيفاءِ في المكانِ الذي أُضِيفَ إليه العقدُ.

فإنْ ذهَبَ بالدَّابَّةِ إلىٰ ذلك المكانِ في اليومِ ولم يرَكْبَ؛ يَجِبُ، وإنْ ذهبَ

---

(١) الشِّرْبُ ـ بكَسْر الشين ـ: الحَظُّ مِن الماء. وعرَّفه بعضهم: بكونه النصيب مِن الماء للأراضي وغيرها. وقد تقدم التعريف بذلك.

قَالَ: فَإِنْ غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ؛ سَقَطَتِ الْأُجْرَةُ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ المَحَلِّ إِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ المَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الانْتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وانْفَسَخَ العَقْدُ فَسَقَطَ الأَجْرُ، وَإِنْ وُجِدَ الغَصْبُ فِي بَعْضِ المُدَّةِ سَقَطَ بِقَدْرِهِ إِذْ الانْفِسَاخُ فِي بَعْضِهَا.

غاية البيان

إلى ذلك المكانِ خارجَ المِصْرِ بعدَما مضى اليومُ بالدَّابَّةِ ولم يَرْكَبْ؛ لا يَجِبُ»[1]. كذا في «الخلاصة».

ونَقَلَ فيها أيضًا عن «النوازل»: «استأجَر دَابَّةً إلى مكَّةَ فلَمْ يَرْكَبْ، بل مشَى رَاجِلًا، إنْ كان بغيرِ عِلَّةٍ في الدَّابَّةِ؛ فعليه الأجرُ، وإنْ كان لعلَّةٍ في الدَّابَّةِ، أو لمرضٍ بها بحيثُ لم يَقْدِرْ على الرُّكُوبِ؛ لا أَجْرَ عليه، وإنِ استأجَر ثوبًا ليَلْبَسَهُ كلَّ يومٍ بِدَانِقٍ فوضَعه في بيتِه، ولم يَلْبَسْهُ، فمضى سُنونٌ؛ كان عليه بكُلِّ يومٍ دَانِقٌ إلى الوقتِ الذي يَعْلَمُ أنه لو لَبِسه لا يَتَخَرَّقُ.

فإذا مضى وَقْتٌ يَعْلَمُ أنه لو لَبِسَه يَتَخَرَّقُ؛ سَقَطَ عنه الأجرُ؛ لأنه بعدَما مضى ذلك الزمانُ لم يُمْكِنْ جَعْلُ الثوبِ مُنْتفَعًا به تقديرًا، فيَسْقُطُ عنه الأجرُ، كالمرأةِ إذا أخذَتِ الكسوةَ مِن الزوجِ ولم تَلْبَسْ، ولَبِستْ ثوبَ نفْسِها، إذا مضى وَقْتٌ لو لَبِسَه لُبْسًا معتادًا [٦/٢٩٧و/م] يَتَخَرَّقْ؛ كان لها ولايةُ المطالبةِ بكُسْوةٍ أُخرى، وإلَّا فلا»[2].

قولُه: (فَإِنْ غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ؛ سَقَطَتِ الْأُجْرَةُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3]، أي: غَصَبَ الدارَ المُسْتَأْجرةَ غَاصِبٌ مِن يدِ المُسْتَأْجرِ في جميعِ المدَّةِ؛ سَقَطَتِ الأُجرةُ؛ وذلك لأن استحقاقَ الأُجرةِ: إذا لم يوجَدِ التعجيلُ، إمَّا باستيفاءِ المنافعِ أو بالتمكُّنِ مِن الاستيفاءِ، ولم يُوجدْ الاستيفاءُ والتمَكُّنُ منه

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣١٥].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣١٥].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٠٤].

قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا، فَلِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ

غاية البيان

أصلًا؛ فلا يَسْتَحِقُّ الأُجرةَ، هذا إذا غُصِبَتْ في جميعِ المدَّةِ، فإنْ غُصِبَتْ في بعضِها سَقَطَتِ الأُجرةُ بقَدْرِ ذلك؛ لأنه تعذَّرَ تسليمُ المَنْفَعَةِ بذلك القدرِ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا، فَلِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ)، هذا لفظ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلا أَنْ يُبيِّنَ وَقْتَ الاستحقاقِ بالعقدِ»[1].

قال في «شرح الأقطع»: «وقال زُفَرُ: لا يُطالِبُه إلا بعدَ مُضِيِّ مدَّةِ الإِجَارةِ، ولو كانت مئةَ سَنَةٍ، وهو قولُ أبي حنيفةَ أوَّلًا»[2]. إلى هنا لفظُه رَحِمَهُ اللهُ.

وجهُ قولِه: أن جميعَ المعقودِ عليه لم يَصِرْ مُسَلَّمًا، فلا يُطالِبُه ببدَلِه، كما في بَيْعِ العينِ، وكما لو استأجَر خيَّاطًا ليَخِيطَ له ثوبًا، فخاطَ بعْضَه لا يَسْتَحِقُّ الأُجرةَ ما لم يَفْرُغْ مِن العملِ، بخلافِ ما إذا بَيَّنَ وَقْتَ الاستحقاقِ؛ مِثْلُ: أن يَقُولَ: آجَرْتُكَ هذه الدارَ بكذا سَنَةً، على أَنْ تُعْطِيَ [٤٨٧/٢و] الأُجرةَ بعدَ شهريْنِ؛ لأن ذلك بمنزلةِ شَرْطِ تعجيلِ الأُجرةِ.

ولنا: أنه اسْتَوْفَى بعضَ المعقودِ عليه، فيَجِبُ بدلُه تحقيقًا للمعادلةِ بينَ المتعاقِدَيْنِ، وكان القياسُ أن تَجِبَ الأُجرةُ حالًا فحالًا، كما لو قَبَضَ بعضَ المَبيعِ واستهلَكَهُ، إلا أنهم استحسَنُوا فأوجَبُوا الأُجرةَ يومًا فيومًا؛ لأن إيجابَ التَّسْلِيمِ في كلِّ ساعةٍ يُفْضِي إلى الحرَجِ والضررِ؛ لأنه كما يَفْرُغُ مِن تسليمِ أُجرةِ ساعةٍ؛ يَجِبُ عليه تَسليمُ أُجرةِ ساعةٍ أُخرى على التوالي، فيَقَعُ الحرَجُ لا محالةَ، وهو مدفوعٌ شرعًا.

فقُدِّرَتِ المطالبةُ بيومٍ فيومٍ؛ لأنَّ كُلَّ يومٍ مقصودٌ بالانتفاعِ، وأَخْذُ البدلِ عنه

---

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/١٠٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٩].

مَقْصُودَةٌ إِلَّا أَنْ يُبَيْنَ وَقْتَ الاسْتِحْقَاقِ بِالعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّأْجِيلِ وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الْأَرَاضِي؛ لِمَا بَيَّنَّا.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ، فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ؛ لِأَنَّ

غاية البيان

لا يُفْضِي إلى الضررِ، بخلافِ الخَيَّاطِ، فإن الثوبَ في يدِه بعْدُ، ولم يَصِرْ منه شيءٌ مُسَلَّمًا إلى المالكِ، فلهذا لم يَسْتَحِقَّ الأُجرةَ ما لم يَفْرُغْ مِن العملِ(١).

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الكافي»: «وأَجْرُ الدارِ والأرضِ بمنزلةِ أجْرِ الحمُولةِ، يَأْخُذُ مِن الأجْرِ بحسابِ ذلك ما يَجِبُ له يومًا بيومٍ؛ لأن ما دونَ اليومِ لا حدَّ له، فتعَذَّر التقديرُ به، فقَدَّرْناه باليومِ، وإذا اشْتُرِطَ في جميعِ هذه الوجوهِ تعجيلُ [٢٩٧/٦ظ/م] الأجْرِ [أو تأخيرُه](٢)، فهو على ما اشترَطه؛ لِمَا أنه أعرَض عن قضيَّةِ المعادلةِ ورعايَتِها لحَقِّه، فملَكَ الإعراضَ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ إِجَارَةُ الْأَرَاضِي؛ لِمَا بَيَّنَّا)، يعني: إذا آجَرَ الأرضَ يُطالِبُه بأُجْرةِ كلِّ يومٍ؛ لأنه مَنْفَعَةٌ مقصودةٌ، فإذا بَيَّنَ وَقْتَ الاستحقاقِ، فلا يُطالِبُه إلَّا في ذلك الوقتِ؛ لأنه بمنزلةِ التأجيلِ في الأُجرةِ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَى مَكَّةَ، فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(٣).

قال في «شرح الأقطع»: «هذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ ﷺ الثاني، وكان قولُه الأوَّلُ: ألَّا يُطالِبَهُ حتَّى يَعُودَ، وهو قولُ زُفَرَ ﷺ»(٤).

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٥٢/٢]، «بدائع الصنائع» [٧٢/٤، ٧٣]، «تبيين الحقائق» [١٣٤/٥، ١٣٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: في الأصل: «وتأخيره»، والمثبت من «م»، وهو موافق لما نُقل عن الأتقاني في حاشية الشلبي على «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» [١٠٨/٥].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٩].

سَيْرَ كُلِّ مَرْحَلَةٍ مَقْصُودٌ. وَكَانَ أَبُو حَنِيْفَةَ ﷺ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ الْمَنَافِعِ

وقال صاحبُ «الهداية»: (وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رضي الله عنه يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الْأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ)، وفيه إشارةٌ إلىٰ أن ما ذكَره القُدُورِيُّ: قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه ثانيًا[1].

وقال بعضُهم في «شرحه»: إن ما ذكَره القُدُورِيُّ مِن التقديرِ بمُطالبةِ الأجْرِ في كُلِّ مرحلةٍ هو قولُ الكَرْخِيِّ، ونقَلَه عن «مبسوط شمس الأئمَّةِ»[2] و«الإيضاح»[3].

ثم قال: «وأمَّا في قولِ أبي حنيفةَ ـ المرجوعِ إليه ـ: لم يُقَدَّرْ بتقديرٍ، بل قال: كلَّما سار مَسِيرًا؛ له مِن الأجرِ شيءٌ معروفٌ؛ فله أنْ يَأْخُذَه بذلك، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ رحمهما الله».

فأقولُ: نسبةُ ما ذكَره القُدُورِيُّ إلىٰ الكَرْخِيِّ عجيبٌ جدًّا، فإنَّ الكَرْخِيَّ رحمه الله قد نصَّ في «مختصره»: أنه قولُ أبي حنيفةَ الأخيرُ، أَلَا تَرَىٰ أنه قال في «مختصره»: «وقال أبو حنيفةَ رضي الله عنه: فيما له وَقْتٌ يُطالِبُه بأُجْرةِ كُلِّ يومٍ يَمْضِي مِن مدَّةِ الْإِجَارةِ، وكذلك في المسافةِ علىٰ قَدْرِ ما قطعَ عنها فيما يُمْكِنُ تحصيلُ جُزْءٍ مِن أجزائِه.

وقال أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه في الذي يَكْتَرِي إلىٰ مكَّةَ: للجمَّالِ أنْ يُطالِبَهُ بالأُجْرةِ يومًا بيومٍ، وهو قولُ أبي حنيفةَ الأخيرُ، وهو قولُ محمَّدٍ أيضًا رحمه الله.

وقال أبو يوسفَ في الدُّورِ والمَنَازِلِ: إذا استأجَر الرَّجُلُ شيئًا منها شهرًا بأجْرٍ معلومٍ، فليس له أنْ يَأْخُذَ الأُجرةَ إلَّا إذا مضَىٰ شهرٌ، وليس له أنْ يُطالِبَهُ قبلَ ذلك،

---

(١) ينظر: «المبسوط» [٢٣/١٦، ٢٤]، «بدائع الصنائع» [٦٥/٤]، «تبيين الحقائق» [١٠٩/٥، ١١٠]، «الجوهرة النيرة» [٣٤٥/١]، «نتائج الأفكار» [٧٦/٩].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيِّ [١٩/١٦].

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/١٣٠].

فِي المُدَّةِ فَلَا يَتَوَزَّعُ الأَجْرُ عَلَىٰ أَجْزَائِهَا، كَمَا إِذَا [١١٣/ظ] كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلُ. وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّ القِيَاسَ اسْتِحْقَاقُ الأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً

غاية البيان

رَوَىٰ ذلك عنه ابنُ سماعةَ، وبِشْرُ بنُ الوليدِ، وعَلِيُّ بنُ الجعدِ ﷺ.

وَرُوِيَ عنه في الذي استأجَر إبلًا إلىٰ مكَّةَ: أنه لا يَأْخُذُ الأجْرَ منه حتَّىٰ يسيرُ الثلثُ أو النصفُ، وقال: أستَحْسِنُ ذلك في الشُّقَّةِ [٢/٤٨٧ظ] البعيدةِ.

وقال زُفَرُ ﷺ: إذا استأجَر الرَّجُلُ دارًا كلَّ شهرٍ بعشرةِ دراهمَ، أو كُلَّ سَنةٍ بمئةِ درهمٍ، فليس له أنْ يَأْخُذَ مِن الأجرِ شيئًا حتىٰ يمضِيَ شهرٌ في قولِه: في كُلِّ شهرٍ، وحتَّىٰ تمضِيَ سَنَةٌ في قولِه: كلَّ سَنَةٍ.

فإنِ استأجَر أرضًا عشرَ سنين بألفِ درهمٍ؛ لم يَكُنْ [٦/٢٩٨و/م] له أنْ يُطالِبَ بشيءٍ مِن ذلك حتَّىٰ تمْضِيَ المدَّةُ، وكذلك قال في الكِرَاءِ إلىٰ مكَّةَ ذاهبًا وجائيًا: إنه لا يُطالبُ بالأجرِ حتَّىٰ يَذْهَبَ ويَجِيءَ.

وهذا قولُ أبي حنيفةَ الأوَّلُ، وهو قولُ أبي يوسفَ ﷺ، رواه محمَّدٌ ﷺ في «الأصول»، وما في «الإملاء» فهو عندي قولُه[١] الأخيرُ؛ لأنه قال: في رمضانَ سَنةَ إحدىٰ وثمانين ومئةٍ، وهذا قبلَ موتِه بشهورٍ»[٢]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ في «مختصره».

وأراد بقولِه: «وما في الإملاء». ما رُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه لا يَأْخُذُ الأجْرَ حتَّىٰ يَسِيرَ الثلثَ أو النصفَ.

وقال القُدُوريُّ في كتاب «التقريب»: «قال أبو حنيفةَ: إذا استأجَرَ إبلًا إلىٰ مكَّةَ؛ لم يَلْزَمْهُ تسليمُ الأُجرةِ حتَّىٰ يَرْجِعَ، وهو قولُ زُفَرَ ﷺ، ثم رَجَعَ أبو حنيفةَ ﷺ فقال:

(١) أي: قول أبي يوسف الأخير.

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/١٣٠].

لِتَحَقُّقِ الْمُسَاوَاةِ، إِلَّا أَنَّ الْمُطَالَبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إِلَىٰ أَلَّا يَتَفَرَّغَ لِغَيْرِهِ فَيَتَضَرَّرَ بِهِ، فَقَدَّرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا.

غاية البيان

كلَّما سار مرحلةً طالَبه بقَدْرِه، وهو قولُهما». إلىٰ هنا لفظُ كتابِ «**التقريب**».

وقال في «**المختلف**» في بابِ زُفَرَ: «قال أبو حنيفةَ أوَّلًا ـ وهو قولُ زُفَرَ ـ: إذا استأجَر إبِلًا إلىٰ مكانٍ ذاهبًا وراجعًا؛ ليس للمُؤَاجِرِ أنْ يَطْلُبَ بعضَ الأُجرةِ حتَّىٰ يَرْجِعَ، وكذا قالا في إجارةِ الدارِ والعبدِ للخدمةِ، ثم رَجَعَ أبو حنيفةَ ﷺ وقال: كلَّما سار سَيْرًا له [مِن الأجرِ][1] شيءٌ معلومٌ؛ فله أنْ يأخُذَ حِصَّته، وكذا في سُكْنَىٰ الدارِ وخدمةِ العبدِ». إلىٰ هنا لفْظُ «**المختلف**»[2].

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ثم الأُجرةُ لا تَخْلُو: إمَّا أن تَكُونَ معجَّلةً، أو مُؤَجَّلَةً، أو مُنَجَّمَةً، أوْ مسكوتًا عنها.

فأمَّا إذا كانتْ معجَّلةً: فإنه يَمْلِكُها، وله أنْ يُطالِبَ بها؛ لأنهما هكذا شرَطا، قال ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[3].

وأمَّا إذا كانت مُؤَجَّلَةً: فليس له أن يُطالِبه بها ما لم يمْضِ الأجَلُ.

وأمَّا إذا كانت مُنَجَّمَةً: فإنه يُطالِبُه بها عندَ كُلِّ نجْمٍ.

والمنجَّمُ: هو أنْ يَشْتَرِطَ في كلِّ موضعٍ كذا، فإذا مضَىٰ نجْمٌ تَجِبُ عليه الأُجرةُ التي شرَطَ فيه.

وإنْ كانت مسكوتًا عنها: فإن أبا حنيفةَ كان يَقُولُ أوَّلًا: لا يُطالِبُه ما لم يَسْتَوْفِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المختلف».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦١٢/٣].

(٣) مضىٰ تخريجه.

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْخَيَّاطِ وَالْقَصَّارِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّىٰ يَفْرُغَ مِنَ الْعَمَلِ؛

غاية البيان

المَنْفَعَةَ كلَّها. ثم رَجَعَ وقال: يُطَالِبُه عندَ مُضِيِّ كُلِّ يومٍ، وهو قولُهما»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ» للإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ.

وَجهُ قولِ زُفَرَ: ما قُلنا في مسألةِ الدارِ، وهو أن المعقودَ عليه ـ وهو جملةُ المَنَافِعِ ـ لم تَكُنْ مُسَلَّمةً، فلا يَجِبُ بدَلَها، كما لم تَجِبْ أُجرةُ الخَيَّاطِ ما لم يَفْرُغْ[2].

يُؤَيِّدُه: قولُه تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، أَمَرَ بدَفْعِ الأُجرةِ بعدَ الإرضاعِ.

ووَجْهُ ما رُوِيَ عن أبي يوسفَ ﷺ مِن قولِه الأخيرِ: أن النصفَ أو الثلثَ قَدْرٌ مقصودٌ في المسافةِ، أَلَا تَرَىٰ أن الإنسانَ قد يُفْرِدُ هذا القدرَ بِالكِرَاءِ [٦/٢٩٨ظ/م]، ثم يَنْتَقِلُ إلىٰ حالٍ آخرَ، فصار حُكْمُ هذا القدرِ حُكْمَ الفراغِ مِن العملِ.

ووَجهُ قولِ أبي حنيفةَ الأخيرِ: أن كلَّ مرحلةٍ سيْرٌ مقصودٌ لا تشُقُّ المطالبةُ ببدلِها، فصار كلُّ مرحلةٍ هنا كاليومِ في إجارةِ الدارِ، فثَمَّةَ يُطالِبُ بأُجْرةِ كُلِّ يومٍ، فكذا هنا، بخلافِ ما دونَ من الأجزاءِ؛ لأنَّ المطالبةَ به تُفْضِي إلىٰ الحرَجِ والضررِ، بحيثُ لا يَتفرَّغُ المُسْتَأْجِرُ لغيرِ ذلك.

قولُه: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّىٰ يَفْرُغَ مِنَ الْعَمَلِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلا أنْ يَشْتَرِطَ التعجيلَ»، وذلك لأن خِياطةَ بعضِ الثوبِ وقِصَارتِه غيرُ مُنْتَفعٍ به، فمَا لم يَفْرُغْ مِن العملِ ويُسَلِّمْ إلىٰ صاحبِه؛ لا يَجِبُ له شيءٌ، بخلافِ اشتراطِ التعجيلِ، فإن الأُجرةَ حينَئِذٍ تُسْتَحقُّ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٦].
(٢) ينظر: «البناية شرح الهداية» [١٠/٢٣٧].

لِأَنَّ العَمَلَ فِي البَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفِعٍ بِهِ فَلَا يُسْتَوجَبْ بِهِ الأَجْرُ، وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوجِبُ الأَجْرَ قَبْلَ الفَرَاغِ ....

غاية البيان

لأن المُسْتأْجِرَ أسقطَ حقَّه في المعادلةِ، فلو هلكتِ العينُ المعمولُ فيها: فإنْ كانتِ العينُ المعمولُ فيها في يدِ الأجيرِ، ولعَملِه [٢/٤٨٨و] أثرٌ كالخِيَاطةِ والقِصَارةِ؛ فلا يَجِبُ الأجرُ إلا بتسليمِ ذلك الأثرِ.

ولو هلكَ قبلَ التَّسْلِيمِ في يدِه سَقطَ الأجرُ؛ لأنه لم يُسَلِّمِ المعقودَ عليه، وإنْ لم يَكُنْ لعملِه أثرٌ كالحَمَّال والمَلَّاحِ؛ فكما فرغَ مِن العملِ يَجِبُ الأجرُ وإنْ لم يُسَلِّمِ العينَ إلىٰ صاحبِها؛ لأن المعقودَ عليه: المَنْفَعَةُ ونفْسُ العملِ، فإذا انتهتْ إليه المدَّةُ وقد فرَغَ مِن العملِ؛ صار مُسَلِّمًا، فلا يَسْقُطُ الأجرُ بالهلاكِ بعْدَه، وأمَّا إذا كان العينُ المعمولُ فيها في يدِ المُسْتَأْجرِ، فإنْ فرَغ مِن العملِ يَسْتحقُّ كُلَّ الأجرِ كما فرَغ، وإنْ لم يَفْرُغْ يَسْتحقُّ بقَدْرِ عملِه. كذا في «**التحفة**»[1].

فعَنْ هذا: عرفْتَ أن معنىٰ ما قاله القُدُورِيُّ ﷺ: ما إذا كان الخَيَّاطُ يَعْمَلُ في بيتِ نفسِه، أمَّا إذا كان يَعْمَلُ في بيتِ المُسْتَأْجرِ؛ فلَهُ الأجرُ بقَدْرِ عمَلِه، وهو المذكورُ في «**شروح الجامع الصغير**».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «كلُّ مَنِ استُؤْجِرَ علىٰ عملٍ في شيءٍ، أوْ عملٍ لشيءٍ، وذلك الشيءُ في يدِه؛ مِثْلُ: الصَّبَّاغِ، والخَيَّاطِ، والقَصَّارِ، والصَّائِغِ، والنَّجَّارِ، والإِسْكَافِ وسائرِ الصُّنَّاعِ؛ فعملُه ذلك مَضْمُونٌ عليه ما دام في يدِه بالأجْرِ المُسمَّىٰ له؛ لا يَبْرَأُ منه إلا بتسليمِه إلىٰ صاحبِه، فإن لم يُسَلِّمْهُ حتَّىٰ هلَك؛ بَطَلَ أجْرُه، ويَكُونُ العملُ مَضْمُونًا بالأجرِ، كَالبَيْعِ يَكُونُ مَضْمُونًا بِالثَّمَنِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٢٤٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٥].

. . . .

وقال أيضًا في «مختصره»: «وإذا استأجَر رَجُلًا ليَبْنِيَ له بناءً في دارِه، أوْ فيما هو في يدِه، أو يعْمَلَ له ساباطًا، أو جنَاحًا، أو يحْفِرَ له في ذلك بئرًا، أو قَنَاةً، أو نَهرًا، أو ما أشبهَ ذلك، فعمِلَه [٢٩٩/٦و/م] العاملُ فلَمْ يَفْرُغْ منه حتى انْهَدمَ البناءُ، أو انهارَ البئرُ، أو سَقَطَ الساباطُ؛ فله أجْرُ ما عَمِل بحِصَّتِه؛ ذلك لأن ذلك قد صار في يدِ المُسْتَأْجِرِ قبلَ هلاكِه، وهذا قولُ أصحابِنا جميعًا ﵃.

فإنِ استأجَر على عملِ شيءٍ مِن ذلك في غيرِ مِلْكِه، ولا ما هو في يدِه؛ فلا أجْرَ له حتَّى يَفْرُغَ ويُسَلِّمَ إليه، أراه الموضعَ الذي يَعْمَلُ فيه أو لم يُرِه، وهذا قولُ محمَّدٍ ﵀ إذا أراه الموضعَ أو لم يُرِه، وقال الحسنُ: إذا أراه فهو بمنزلةِ ما هو في مِلْكِه ويدِه، وإذا لم يُرِه فلا يَكُونُ مُسَلِّمًا حتَّى يُخَلِّيَ بينَه وبينَه»(١). إلى هنا لفظ الكَرْخِيِّ.

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الكافي» الذي هو «مبسوطه» ـ في بابِ متى يَجِبُ الأجْرُ للعاملِ ـ: «وإذا هلكَ الثوبُ عندَ القَصَّارِ بعدَ الفراغِ من العملِ؛ فإنَّ أبا حنيفةَ ﵁ قال: لا أجْرَ له ولا ضَمانَ عليه؛ لأنه لم يُسَلِّمِ العملَ إلى ربِّ(٢) الثوبِ، وكذلك سائرُ الصُّنَّاعِ بأيديهِم.

وأمَّا في قولِ مَن يُضَمِّنُ الأجيرَ المشتركَ، فإنْ شاء ربُّ الثوبِ ضمَّنه قِيمَةَ الثوبِ مقصورًا وأعطاه الأجرَ، وإنْ شاء ضمَّنه قيمتَه غيرَ مقصورٍ ولا أجْرَ له، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ الأوَّلُ.

الأصلُ في هذا البابِ: أن الأجيرَ المشتركَ لا يَضْمَنُ إلَّا ما جنَتْ يدَاه عندَ أبي حنيفةَ ﵁.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٥٩].

(٢) وقع بالأصل: «إلى رد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

وعندَهما: يَضْمَنُ ما حَصَلَ في يدِه بصُنْعِه، أو بغيرِ صُنْعِه(١).

بناءً علىٰ أصْلٍ، وهو أنَّ الحفظَ هل هو واجبٌ عليه بقضيَّةِ عَقْدِ الإِجَارَةِ؟

فعندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: العملُ واجبٌ بقضيَّتِه دونَ الحفظِ.

وعندَهما: الحفظُ والعملُ.

هما يَقُولانِ: بأنَّ الحاجةَ كما تمَسُّ إلىٰ العملِ، تمَسُّ إلىٰ الحفظِ؛ لأنَّ حِفْظَ الثوبِ مطلوبُ المالكِ، فإذا تَلِفَ الثوبُ في يدِه؛ كان مضافًا إلىٰ تقصيرِه في الحفظِ، فيَكُونُ مَضْمُونًا عليه، كما لو تَلِفَ مِن عمَلِه.

وأبو حنيفةَ رضي الله عنه يَقُولُ: المُسْتَحقُّ بالعقدِ ما عُقِدَ العقدُ لأجْلِه، وأنه عُقِدَ لأجْلِ العملِ لا الحفظِ، فكان الثوبُ في يدِه أمانةً، والأمانةُ إذا هلكَتْ مِن غيرِ صُنْعِه لا يُؤَاخَذُ بضمانِها، ولا يَسْتَحقُّ الأجْرَ؛ لأنه يَجِبُ في مقابلةِ [٢/٤٨٨ظ] العملِ، وإنما يَصِيرُ العملُ مُسَلَّمًا إلىٰ المُسْتَأْجرِ بتسليمِ محلِّه، ولم يُوجَد، فصار كهلاكِ المَبِيعِ قبلَ التَّسْلِيمِ إلىٰ المُشْتَرِي، وثَمَّةَ لا يَجِبُ الثَّمَنُ كذلك ههنا.

ثم عندَهما: إذا ضمَّنه إنْ شاء ضمَّنَه قِيمَةَ الثوبِ مقصورًا، وأعطاه الأجرَ؛ لأنه قد سَلَّمَ العملَ إلىٰ المالكِ، وحدثَتْ بفِعْلِه زيادةٌ في الثوبِ، فكان عليه الأجرُ، وعلىٰ الأجيرِ ضَمَانُ الزيادةِ معَ الأصلِ، وإنْ شاء ضمَّنه قِيمَةَ الثوبِ، ولم يَأْخُذْ أجْرَ القِصَارَةِ؛ لأنه هلَكَ العملُ قبلَ وصولِ [٦/٢٩٩ظ/م] العملِ إلىٰ يدِ المُسْتَأْجرِ حقيقةً، فأشبه هلاكَ المَبِيعِ قبلَ القبضِ.

ولو لم يَهْلَكِ الثوبُ وأراد صاحبُه أخْذَه؛ كان لِلصَّانِعِ منْعُه حتىٰ يُوفيَّه أجْرَه؛ لأن هذا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فكانتِ المعادلةُ(٢) مرعيَّةً فيه كما في بابِ البيعِ، فإنْ منَعَه

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣/٣٩٧]، «تبيين الحقائق» [٥/١١٠].

(٢) وقع بالأصل: «العادة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

مهلَك، فالجوابُ على ما تقدَّم، والهلاكُ قبْلَ المنع وبعدَه سواءٌ؛ لأنه حبَسَه بحقِّه، فلَمْ يَكُنْ متعدِّيًا في الإمساكِ، فإذا تَلِفَ في يدِه لا يُؤَاخَذُ في الضَّمَانِ.

وإنْ أراد أنْ يأخُذَ مِن الأجرِ مقدارَ ما عمِلَ فيه قبلَ أنْ يَفْرُغَ منه؛ لم يَكُنْ له ذلك حتَّى يَفْرُغَ منه؛ لأنَّ الأُجرةَ استُحِقَّتْ في مقابلةِ جملةِ العملِ، فمَا لم يُوفِّه العملَ لا يَسْتَحِقُّ عليه إيفاءَ الأُجرةِ، وإيفاؤُه إنما يُتَصَوَّرُ بعدَ العملِ لا قبلَه، هذا إذا كانتِ القِصَارَةُ واقعةً في ثوبٍ واحدٍ، فأَمَّا إذا كانت في ثوْبَيْنِ، ففرَغ مِن قِصَارةِ أحدِهما؛ كان له أن يَأْخُذَ مِن الأجْرِ بحسابِ ذلك؛ لأنه يَنْتَفِعُ به وحْدَه». إلى هنا لَفْظُ شيخِ الإسلامِ علاءِ الدِّينِ ﷺ.

وقال أيضًا في بابِ مَنِ استأجَر أجيرًا ليعْمَلَ له في بيتِه عمَلًا مِن «شرح الكافي»: «وإذا استأجَر الرَّجُلُ أجيرًا يَعْمَلُ له في بيتِه عملًا مُسمًّى، ففرَغَ الأجيرُ مِن العملِ في بيتِ المُسْتَأْجِرِ ولم يضَعْه من يدِه حتى فسدَ العملُ، أو هلَك، فله الأجرُ تامًّا على المُسْتَأْجِرِ؛ لأن محلَّ العملِ في يدِ المُسْتَأْجِرِ، فصار العملُ بواسطةِ المحلِّ مُسَلَّمًا إليه، فيسْتَحِقُّ الأجرَ.

وكذلك لو استأجَره المُسْتَأْجِرُ ليَخِيطَ له في بيتِ المُسْتَأْجِرِ قميصًا، فخاطَ بعضَه، ثم سُرِق الثوبُ؛ فلَه مِن الأجرِ بقَدْرِ ما خاط؛ اعتبارًا لتسليم البعضِ بتسليم الكُلِّ، فلو كان استأجَره ليخِيطَ له في بيتِ الأجيرِ؛ لم يَكُنْ له شيءٌ؛ لأنه لم يُسَلِّمِ العملَ إلى ربِّ الثوبِ، فصار هلاكُه قبلَ التَّسْلِيمِ إليه كهلاكِ المَبِيعِ قبلَ التَّسْلِيمِ إلى المُشْتَرِي، وثَمَّةَ لا يَسْتَحِقُّ الثَّمَنَ، كذلك ههنا».

قال: قال[1]: «أَلَا تَرَى أنه لو استأجَره ليَبْنِيَ له حائطًا معلومًا، فبنَى بعضَه،

---

(١) أي: قال علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابِيُّ: قال الحاكم الشهيد في «الكافي». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

لِما بيَّنا.

قَالَ: إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّعْجِيلُ لِمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيْهِ لَازِمٌ.

أو كُلَّه، ثم انهدَم؛ فله أجْرُ ما بنَىٰ؛ لأنه في مِلْكِ صاحبِه، وكذلك حفْرُ البئرِ في مِلْكِه.

وكذلك الرَّجُلُ يَسْتَأْجِرُ الخبَّازَ يخْبِزُ له في بيتِه دقيقًا معلومًا بأجْرٍ معلوم فخبَزه ثم سُرِق؛ فله الأجرُ تامًّا، فإنْ سُرِق قبلَ أنْ يَفْرُغَ منه؛ فله مِن الأجرِ بقَدْرِ ما عَمِل، وإنْ كانت تُخْبَزُ في بيتِ الخبَّازِ؛ لم يَكُنْ له مِن الأجرِ شيءٌ، ولا ضَمَانَ عليه فيما سُرِقَ في قولِ أبي حنيفةَ ﷺ؛ لأنه أمينٌ.

وعندَهما: يَضْمَنُ؛ لأن المحلَّ داخلٌ في ضمانِه، فلا يَبْرَأُ عنه إلا بالردِّ إلىٰ المالكِ، وقد بَيَّنَّا الوجهَ فيه». إلىٰ هنا لفْظُ شيخِ الإسلامِ [٦/٣٠٠و/م] في «**شرح الكافي**».

فعُلِمَ بهذا المجموعِ: أن ما قاله صاحبُ «الهداية» ﷺ: (**وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ قَبْلَ الْفَرَاغِ**)، فيه نَظَرٌ؛ لأنه لا خلافَ في الروايةِ[1]. واللهُ تعالىٰ أَعْلَمُ.

قولُه: (**لِمَا بَيَّنَّا**)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْبَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ**).

---

(١) قال السغناقي: هذا وقع مخالف لعامة روايات الكتب عن «المبسوط» و«الذخيرة» و«المغني» و«شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي و«الفوائد الظهيرية» لما أنه ذكر فيها: أن العامل في بيت المستأجر يستحق الأجر بقدر عمله، حتىٰ لو سرق الثوب فله الأجر بقدر عمله؛ لأن كل جزء من العمل يصير مسلما إلىٰ صاحب الثوب بالفراغ منه، ولعله اتبع صاحب «التجريد» أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم فإنه ذكره كما ذكر في «الكتاب». ينظر: «النهاية شرح الهداية» [٣/ق٢٤٦]، مخطوط مكتبة فيض الله، تحت [رقم/٩٠٠]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٢٣٩].

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّىٰ يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ العَمَلِ بِالإِخْرَاجِ فَلَوْ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ لَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَلَهُ الأَجْرُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالوَضْعِ فِي بَيْتِهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ الجِنَايَةُ.

غاية البيان

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْأَجْرَ حَتَّىٰ يُخْرِجَ الْخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(١)، وذلك لأن الأُجرةَ لا تُستَحقُّ إلا بتمام العملِ، وقبلَ الإخراجِ مِنَ التَّنُّورِ لا يَتِمُّ العملُ، فلا جَرَمَ إذا أخرجَه استحقَّ الأُجرةَ في تلك الحالةِ، فإنْ خبَزَ [٢/٤٨٩و] البعضَ وأخرَجه استحَقَّ الأُجرةَ بقَدْرِه؛ لأن العملَ في ذلك القدرِ صار مُسَلَّمًا إلىٰ صاحبِ الدقيقِ.

قال محمدٌ رحمه الله في «الجامع الصغير»: «عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ أدخَل رَجُلًا إلىٰ منزلِه استأجَره ليخْبِزَ له خبزًا، فلَمَّا أخرجَه مِن التَّنُّورِ احترقَ مِن غيرِ فِعْلِه، قال: له الأجرُ ولا ضَمانَ عليه»(٢). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامع الصغير».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: أمَّا عدمُ الضَّمَانِ؛ لأنه هلَك لا بصُنْعِه، وأمَّا وجوبُ الأجرِ، فلأنه أوفَىٰ عملَه، وصار الخُبْزُ منتفعًا به، فصحَّ التَّسْلِيمُ، هذا إذا احترقَ في بيتِ المُسْتَأْجِرِ، فإنْ خبَزَ خارجَ البيتِ فاحترق؛ لا أَجْرَ له؛ لأنه إذا خبزَ في بيتِه، فكما فرَغ مِن العملِ يَصيرَ العملُ مُسلَّمًا إلىٰ المُسْتَأْجِرِ؛ لأن العملَ إذا كان في بيتِه كان في يدِه، وأمَّا إذا خبَزَ خارجَ بيتِ المُسْتَأْجِرِ، فالعملُ لا يَصيرُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٩].

قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ ﷺ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بَعْدَ حَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الخُبْزَ، وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ.

غاية البيان

مُسَلَّمًا إلى المُسْتَأْجِرِ إلا بالتَّسْلِيمِ حقيقةً، ولم يُوجَدْ، وبدونِ التَّسْلِيمِ لا يَجِبُ الأَجْرُ.

وإنما قَيَّدَ بعدمِ الضَّمَانِ في صورةِ الاحتراقِ بعدَ الإخراجِ مِن التَّنُّورِ؛ لأنه إذا احترقَ قبلَ الإخراجِ؛ فعليه الضَّمَانُ في قولِ أصحابِنا جميعًا، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في بابِ مَنِ استأجَر أجيرًا ليعملَ له في بيته:

«وإنِ احترقَ الخُبْزُ في التَّنُّورِ قبلَ أنْ يُخْرِجَهُ، فإن أبا حنيفةَ ﷺ قال في هذا: هو ضامنٌ؛ لأنه مما جنَتْه يَدَاه بتقصيرِه في القلْعِ مِن التَّنُّورِ، فإنْ ضمَّنَه قيمتَه مخبوزًا أعطاه الأَجْرَ، وإنْ ضَمَّنه دقيقًا لم يَكُنْ له أَجْرٌ؛ لأنه إذا ضمَّنه قيمتَه مخبوزًا فقد وصَل العملُ إليه مَعْنًىٰ بوصولِ القيمةِ إليه، فكان له الأجرُ، وإذا ضمَّنَه قِيمَةَ دقيقِه لم يَصِلِ العملُ إليه، لا صورةً ولا مَعْنًىٰ، فلَمْ يَسْتحقَّ الأجْرَ، وهذا قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ». إلىٰ هنا لفظُه في **«شرح الكافي»**.

قولُه: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ) [٦/٣٠٠ظ/م]، أي: عدمُ الضَّمَانِ على الخبَّازِ إذا احترقَ الخُبْزُ بعدَ الإخراجِ مِن غيرِ فِعْلِه، هو مذهبُ أبي حنيفةَ، أمَّا عندَهما: فعليه الضَّمانُ.

أقولُ: في **«الجامع الصغير»**: أطلقَ الجوابَ بعدمِ الضَّمانِ، ولم يَذْكُرِ الخلافَ، وكذا لم يَذْكُروا الخلافَ في «شروح الجامع الصغير»، بل قالوا: لا ضَمانَ عليه مطلقًا.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ، فَالْغَرْفُ عَلَيْهِ؛ اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ.

غاية البيان

فعَنْ هذا قالوا: الجوابُ في «الجامع الصغير» مُجْرًىٰ علىٰ عمومِه.

أمَّا عندَ أبي حنيفةَ ﵁: فلا ضَمانَ عليه؛ لأنه لم يَهْلَكْ مِن صُنْعِه.

وأمَّا عندَهما: فلأنه هلَكَ بعدَ التَّسْليمِ، وإنما ذكرَ الخلافَ القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مختصر الكَرْخِيِّ[1]»[2] بروايةِ ابنِ سَماعةَ عن محمَّدٍ ﵀ قال: «وإذا أخرجَه مِن التَّنُّورِ فوضَعه وهو يَخْبزُ في منزلِ المُسْتَأْجِرِ، وقد فرَغ، فإنِ احترقَ مِن غيرِ جنايتِه؛ فله الأجرُ، ولا ضَمانَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ ﵁؛ لأنه فرغَ مِن العملِ وصار مُسَلِّمًا له بإخراجِه مِن التَّنُّورِ؛ لأنه في مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ، وهلاكُ الشيءِ مِن غيرِ عملِ الأجيرِ المشتركِ لا يتعَلَّقُ به الضَّمانُ عندَه.

فأمَّا علىٰ قولِ مَن يُضَمِّنُ الأجيرَ المشتركَ: فإنه يَضْمَنُ له دقيقًا مِثْلَ الدقيقِ الذي دفعَه إليه، ولا أجْرَ له، فإنْ شاء ضمَّنَه قِيمَةَ الخُبْزِ مخبوزًا وأعطاه الأجْرَ، وذلك لأن قبْضَ الأجيرِ المشترَكِ عندَهما مَضْمُونٌ، فلا يَبْرَأُ منه بوَضْعِه في منزلِ مالِكِه، كما لا يَبْرَأُ مِن الضَّمانِ المَغْصُوبُ بذلك.

فإذا وجَبَ عليه الضَّمانُ؛ صار صاحبُ الدقيقِ بالخيارِ إنْ شاء ضمَّنَه دقيقًا، وأسقَط الأجرَ؛ لأنه لم يُسْلِمْ له العملَ، وإنْ شاء ضمَّنه خُبزًا، فصار العملُ مُسَلَّمًا له، فوجبتْ عليه الأُجرةُ، قال: ولا أُضَمِّنُه القَصَبَ[3] والملْحَ؛ لأن ذلك صار مُسْتهلكًا قبلَ وجوبِ الضَّمانِ، فوَجَبَ عليه الضَّمانُ، ولا قِيمَةَ له».

قولُه [٢/٤٨٩ظ]: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ؛ فَالْغَرْفُ عَلَيْهِ)،

---

(١) وقع بالأصل: «مختصر القُدُورِيّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٢٥].

(٣) أي: الحطَب. كذا جاء بحاشية الأصل. لكن أشار في حاشية: «ج» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «الحطَب»، بدل: «القَصَب». وهو المثبت في «م».

. . . .

بداية المتن

وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ أيضًا.

أراد بالغَرْف: وَضْعَ الطعامِ في القِصَاعِ، وهذا بناءً على عُرْفِ الناسِ وعاداتِهم، فإن الطبَّاخَ هو الذي يَتولَّىٰ ذلك في عُرْفِهم، ومُطْلَقُ العقدِ يَتَناوَلُ المعتادَ إذا لم يُوجدْ شرْطٌ بخلافِ ذلك، ولم يُوجَدِ الشرطُ، فيَكُونُ المعتادُ هو المرادَ.

والوَلِيمَةُ: طعامُ العُرْسِ، والوَكِيرَةُ[١]: طعامُ البِنَاءِ.

والخُرْسُ: طعامُ الولادةِ، وما تَطْعَمُهُ النُّفَساءُ نَفْسُها خُرْسَةٌ.

وطعامُ الخِتَان: إِعْذَارٌ[٢].

وطعامُ القادمِ مِن سفَرِه: نَقِيعَةٌ، وكلُّ طعامٍ صُنِعَ لدعْوةٍ: مَأْدُبَةٌ ومَأْدَبَةٌ جميعًا[٣]، ويُقَالُ: فلانٌ يَدْعُو النَّقَرَىٰ[٤]؛ إذا خَصَّ، وفلانٌ يَدْعُو الجَفَلَىٰ [٦/٣٠١و/م] والأَجْفَلَىٰ[٥]؛ إذا عَمَّ. قاله القُتَبِيُّ[٦] وغيرُه.

---

(١) الوَكِيرَة: بفتح الواو وكَسْر الكاف لغة في الوَكْرة ـ بفتْح الواو وسكون الكاف ـ، وهي الطعام الذي يُصْنع للانتهاء مِن البناء، أو عند الانتقال إلىٰ منزل جديد. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٢٩٣/٥/ مادة: وكر]. و«معجم لغة الفقهاء» [ص/٥٠٩].

(٢) الإِعْذَار: هو الخِتَان. يقال: عَذَرْتُه وأَعْذَرْته فهو مَعْذُور ومُعْذَر، ثم قيل للطَّعام الذي يُطْعم في الخِتَان: إِعْذَار. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١٩٦/٣/ مادة: عَذِرَ].

(٣) قيل: فمن قال: «مَأْدُبَة». أَرَادَ به الصنيع يصنعه الرجل، فيدعو إليه الناس. ومن قال: «مَأْدَبَة» جعله مَفْعَلَةً مِن الأدب. وقيل: مَأْدُبَة ومَأْدَبَة بمَعْنًىٰ واحدٍ، وقد رُدَّ ذلك. ينظر: «تاج العروس» للزَّبِيدي [١٣/٢/ مادة: أدب].

(٤) النَّقَرَىٰ: الدعوة الخاصة ببعض الناس. يقال: دَعَاهُمُ النَّقَرَىٰ؛ إذا دعا بعضًا دون بعضٍ. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٢٣٠/٥/ مادة: نقر].

(٥) الجَفَلَىٰ والأَجْفَلَىٰ: هو أن تدعوَ الناسَ إلىٰ طعامك عامة. ينظر: «الصحاح في اللغة» للْجَوْهَري [١٦٥٧/٤/ مادة: جفل].

(٦) ينظر: «المعاني الكبير في أبيات المعاني» لابن قتيبة [٣٧٧/١].

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ إنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إذَا أَقَامَهَا عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشَرِّجَهَا؛ لِأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ، إذْ لَا

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ إنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ إذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁.

وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّى يُشَرِّجَهَا)(١)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(٢).

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصره»: «وإذا استأجرَه لِيَضْرِبَ له لَبِنًا في مِلْكِه، أوْ في شيءٍ هو في يدِه؛ فإنَّ ربَّ اللَّبِنِ لا يَكُونُ قابضًا حتَّى يجفَّ اللَّبِنُ ويَنْصِبَه في قولِ أبي حنيفةَ ﵁، لا اختلافَ عنه في ذلك.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﵄: حتَّى يُشَرِّجَه، فإنْ هلَك اللَّبِنُ قبلَ الحَدِّ الذي حدَّه كلُّ واحدٍ منهم في قولِه؛ فلا أجْرَ له، وإنْ كان بعْدَهُ فلَهُ الأجرُ، وإنْ كان ذلك في غيرِ يدِه، ولا في مِلْكِه؛ لم يَكُنْ له الأجرُ حتَّى يُسَلِّمَهُ ذلك منصوبًا عندَ أبي حنيفةَ، ومُشَرَّجًا عندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ»(٣). إلى هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «والتَّسْلِيمُ هو أنْ يُخَلِّيَ بينَ المُسْتَأْجِرِ وبينَ اللَّبِنِ، ولكن في أيِّ وَقْتٍ يَصِحُّ التَّسْلِيمُ؟ عندَ أبي حنيفةَ: إذا أقامَه، وعندَهما: ما لم يُشَرِّجُه لم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ»(٤).

وَجهُ قولِهما: أن اللَّبِنَ لا يُؤْمَنُ فسادُه قَبْلَ التَّشْرِيجِ، فصار اللَّبِنُ قبلَهُ كالخُبزِ

---

(١) والصحيح ماجرىٰ عليه العرف. ينظر: «بدائع الصنائع» [٤/٢٠٥]، «الاختيار» [٢/٥٦]، «تبيين الحقائق» [٥/١١٠]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٦٨]، «البحر الرائق» [٧/٣٠٢]، «تصحيح القدوري» [ص٢٢٦]، «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» [٦/٢٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٢٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٢٩٠].

يُؤْمَنُ مِنَ الفَسَادِ قَبْلَهُ فَصَارَ كَالإِخْرَاجِ مِنْ التَّنُّورِ؛ وَلِأَنَّ الْأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يُنَصَّ عَلَيْهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ العَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالإِقَامَةِ، وَالتَّشْرِيجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ قَبْلَ التَّشْرِيجِ بِالنَّقْلِ إِلَىٰ مَوْضِعِ العَمَلِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ طِينٌ مُنْتَشِرٌ، وَبِخِلَافِ الخُبْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ.

قَالَ: وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ، كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ، فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ

غاية البيان

في التَّنُّورِ قبلَ الإخراجِ.

ووَجْه قول أبي حَنِيفَةَ: أن اللَّبَن بعدَ النصْبِ يَنْتَهِي عمَلُه، ويَصِيرَ علىٰ صفةٍ يُمْكِنُ الانتفاعُ به، أَلَا تَرَىٰ أنه يُؤْخَذُ مِن ذلك المكانِ فيُبْنَىٰ به، فصار كالخُبزِ بعدَ الإخراجِ، ولأن التَّشْرِيجَ زيادةُ عمَلٍ بعدَ الفراغِ مِن المقصودِ، فصار كنَقْلِه إلىٰ موضعِ الاستعمالِ، وذلك غيرُ واجبٍ عليه، فكذا التَّشْرِيجُ.

وقولُهما: «لا يُؤْمَنُ فسادُه قبلَ التَّشْرِيجِ» **ضعيفٌ**؛ لأن العينَ صارت مُنتَفعًا بها، فلا يُعْتَبَرُ بعدَ ذلك بالطارئِ مِن أسبابِ الفسادِ، كما بعدَ التَّشْرِيجِ، وليس ذلك مِثْلُ الخُبْزِ في التَّنُّورِ؛ إِذِ العملُ لم يَنْتَهِ بعْدُ؛ لأنه لا يُنْتَفَعُ به في التَّنُّورِ عادةً، فظهَر الفرقُ.

قولُه: (**وَلِأَنَّ الْأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا**)، أي: يتولَّىٰ التَّشْرِيجَ في عاداتِ الناسِ، والعُرْفُ هو المعتبرُ فيما لم يَكُنْ مشروطًا.

وتَشْرِيجُ اللَّبِنِ: تنضِيدُه وضَمُّ بعْضِه إلىٰ بعضٍ.

قولُه: (**قَالَ: وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ، كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ، فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ**

الْعَيْنَ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصْفٌ قَائِمٌ فِي الثَّوْبِ فَلَهُ حَقُّ الْحَبْسِ ؛ لِاسْتِيفَاءِ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْمَبِيعِ ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ

غاية البيان

(الْعَيْنَ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ) ، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «ولجميعِ ما ذَكَرْنا ـ يعني: مِن الصَّبَّاغِ ، والخَيَّاطِ ، والقَصَّارِ ، والصَّائِغِ ، والنَّجَّارِ ، والإِسْكَافِ ، وسائرِ الصُّنَّاعِ ـ أن يَحْبِسُوا ما في أيديهم مما لهم العملُ فيه ، أو مما عمِلُوه [٣٠١/٦ظ/م] حتَّىٰ يَقْبِضُوا الأجرَ ، وليس للمُسْتَأْجِرِ قبْضُ ذلك حتَّىٰ يَدْفعَ الأجْرَ ، بمنزلةِ المَبيعِ يحْبِسُه البَائِعُ حتىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، وأبي يوسفَ ، ومحمَّدٍ ، والحسنِ بنِ زيادٍ ﷺ.

وأمَّا الحَمَّالُ والجَمَّالُ والمَلَّاحُ: يُسْتأجَرُ علىٰ حمْلِ شيءٍ ، فليس لهم حَبْسُ ما حَمَلُوه ؛ لأنه لا عملَ لهم فيه قائمٌ ولا تَأْثِيرِ.

وقال محمَّدٌ ﷺ: فإنْ حبَسَ الحَمَّالُ المَتَاعَ في يدِه ؛ فهو غَاصِبٌ.

وقال أبو يوسفَ في الحَمَّالِ يَطْلُبُ أُجرةً بعدَما بلَغ المنزلَ قبلَ [٤٩٠/٢و] أنْ يَضَعَهُ: فليس له ذلك»(٢). [إلىٰ](٣) هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وإنما كان للعاملِ فيما له أثَرٌ في العينِ أنْ يحْبِسَ العينَ حتىٰ يَسْتَوْفِيَ الأجرَ ؛ لأن البدلَ مُسْتَحقٌّ في مقابلةِ ذلك الأثرِ ، فكان له حَبْسُه حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ ، كما للبَائِعِ حَبْسُ المَبيعِ ، وما ليس له أثَرٌ لا يَثْبُتُ له حقُّ الحبْسِ ؛ لأنَّ العملَ المعقودَ عليه ليس بموجودٍ في العينِ ، فلَمْ يَجُزْ حَبْسُها ، كما لا يَجُوزُ حَبْسُ الوَدِيعَةِ بِدَيْنٍ علىٰ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/١٠٣].
(٢) هذا النقل قد نقله الشلبي بمعناه في حاشيته علىٰ «تبيين الحقائق» [١١١/٥] ونسبه للكرخي.
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

أبي حنيفة؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ [١١٤/و] مُتَعَدٍّ فِي الحَبْسِ فَبَقِيَ أَمَانَةً كَمَا كَانَ عِنْدَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ لِهَلَاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ.

غاية البيان

صاحبِها. كذا ذكَر القُدُورِيُّ في «**شرْحه**»[١].

وقال فخرُ الدِّين قاضي خان ﷺ: «وأمَّا القَصَّارُ إذا قصرَ الثوبَ، هل له حقُّ الحبسِ لاستيفاءِ الأُجْرةِ؟

قالوا: إنْ ظهَر أثرُ عمَلِه في الثوبِ باستعمالِ النِّشَاسْتَجَةِ[٢]، أو بالدَّقِّ؛ كان له حقُّ الحبسِ، وإنْ لم يَكُنْ عمَلُه إلا الغسلَ؛ لا يَكُونُ له حقُّ الحبسِ؛ لأنَّ البياضَ كان موجودًا في الثوبِ.

ومنهم مَن قال: له حقُّ الحبسِ علىٰ كلِّ حالٍ، وهو الصحيحُ؛ لأن البياضَ وإن كان موجودًا في الثوبِ إلا أنه كان مُسْتَتِرًا، وقد ظهَر بعمَلِه، فكان له حقُّ الحبسِ»[٣]. كذا ذكَر في «**شرح الجامع الصغير**».

وهذا إذا كان عمَلُه في دُكَّانِه، أمَّا إذا خاطَ الخَيَّاطُ، أوْ صبَغَ الصَّبَّاغُ في بيتِ المُسْتَأْجرِ؛ فليس له حقُّ الحبسِ[٤]. كذا في «**خلاصة الفتاوىٰ**».

وقال في قِسْمِ «المبسوط» مِن «الشامل» ـ في بابِ الِاسْتِصْنَاعِ ـ: «القَصَّارُ

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [١١٣/٤]، «المبسوط» [٤٧/١٦، ٤٨]، «تحفة الفقهاء» [٣٥٤/٢]، «نتائج الأفكار» [٧٧/٩]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤٨٦/٤].

(٢) هكذا ضبَطه في: «ج» و«س». ويقال له أيضًا: النَّشاسْتَج، وهو صِبْغٌ أحمر كالغِرَاء، كان يُستخدم للملابس والجلود. وهو فارسِيٌّ مُعرّب، وقد يُحْذَف شطْرُه تخفيفًا، فيقال: «النَّشا». وهذا الأخير يُعَرَّف في المعاجم الحديثة بكونه: كربوهدرات كربون علىٰ شكْل مسحوقٍ أبيضَ، يكْثُر وجوده في الحبوب والنباتات العُسقُولية كالبطاطس. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢٤٤/٢/ مادة: نشا]. و«المعجم الوسيط» [٩٢٤/٢].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢١٦].

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ: العَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الحَبْسِ فَكَذَا

﴿ غاية البيان ﴾

يُحْبَسُ، والغَسَّالُ لا يُحْبِسُ؛ لأن الدقَّ والنَّشا حَصَل فيه، بخلافِ البياضِ؛ لأنه كانَ ظَهَر». إلى هنا لفظُ «الشامل».

وقال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ - في بابِ الرَّجُلِ يَسْتَصْنِعُ الشيءَ -: «والإِسْكَافُ وجميعُ هؤلاء الصُّنَّاعِ إذا رَضِيَ المُسْتَصْنِعُ العملَ وأجازه: ألَّا يَدْفَعَ إليه المَتَاعَ حتَّىٰ يَأْخُذَ منه الأجْرَ، وهذا إذا كان له عَمَلٌ يَبْقَىٰ أثرُه في المحلِّ؛ كَالقِصَارَةِ والخِيَاطَةِ؛ لأن أثرَ عمَلِه قائمٌ، فكان له حقُّ الحبسِ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الأُجرةَ، بخلافِ الغسلِ؛ لأنه لَمْ يَبْقَ أثرُه في المحلِّ، فلا يَمْلِكُ الحبسَ إِلَّا أن يَكُونَ مُؤَجَّلًا، فلا يَمْلِكُ مَنْعَ المَتَاعِ منه حينَئذٍ؛ لأن التَّسْلِيمَ غيرُ واجبٍ عليه للحالِ، فلا يَمْلِكُ الحبسَ، كما لو باعَ شيئًا بثمنٍ مُؤَجَّلٍ أليس أنه لا يَمْلِكُ الحبسَ؟ فكذلك ههنا».

وقال أيضًا - في بابِ مَنِ استأجَر أجيرًا ليعْمَلَ له في بيتِه مِن «شرح [٣٠٢/٦و/م] الكافي» -: «وكلُّ شيءٍ إذا هلكَ لم يَكُنْ له فيه أجْرٌ؛ فله أنْ يحْبِسَه حتَّىٰ يَأْخُذَ الأجرَ؛ لأنَّ سقوطَ الأجرِ بالهلاكِ دَلَّ علىٰ كونِه في يدِ العاملِ، فيَمْلِكُ الحبسَ لاستيفاءِ الأُجرةِ كما ملَكَ حَبْسَ المَبِيعِ لاستيفاءِ الثَّمَنِ.

وكلُّ شيءٍ إذا هلَكَ كان له الأجرُ، فليس له أنْ يحْبِسَه حتىٰ يأخُذَ الأُجرةَ؛ لأنه كما وقَع وقَع مُسَلَّمًا، والحبسُ بعدَ التَّسْلِيمِ لا يَجُوزُ؛ لأنه قد سَقَطَ، فلا يَعُودُ، وإنْ حبَسه فهلَكَ عندَه ضَمِنَه؛ لأنه حَبَسَه بغيرِ حقٍّ، فكان غاصبًا فيَضْمَنُ.

وإذا عملَ القَصَّارُ والصَّبَّاغُ والخَيَّاطُ وأشباهُهُم في بيتِ الَّذي استأجَرَهم؛ لم يَكُنْ لهم أن يَحْبِسُوا المَتَاعَ بالأجرِ؛ لأنَّ العملَ وقَع مُسَلَّمًا إلىٰ المالكِ؛ لأن المحلَّ في يدِه، وهم ضامنون لِمَا جنَتْ أيديهِم في قولِ أبي حنيفةَ ﷺ، مما عمِلوا في بيتِ المُسْتَأْجِرِ، مِثْلُ ما يَضْمَنون ما عمِلُوا في بيوتِهم؛ لأن الجنايةَ سببٌ لوجوبِ

بَعْدَهُ، لَكِنَّهُ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَه غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الأَجْرُ، وَسَنُبَيِّنَ من بَعْد هَذَا إِنْ شَاءَ اللهُ.

وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ لِلْأَجْرِ، كَالحمَّالِ وَالْمَلَّاحِ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ العَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي العَيْنِ فَلَا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ فَلَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الحَبْسِ ....

غاية البيان

الضَّمَانِ أينما وُجِدَتْ.

فرقٌ بينَ هذا وبينَ المَلَّاحِ: إذا غرِقَتِ السفينةُ بمَدِّه، وصاحبُ المَتَاعِ فيها، حيثُ لا يَضْمَنُ المَتَاعَ؛ لأن المَتَاعَ في يدِ [مالِكِه][1] حقيقةً، والمَدُّ تصرُّفٌ يُلاقِي السفينةَ دونَ المَتَاعِ، فمتى كان مأذونًا فيه مِن قِبَلِ المالكِ؛ لم يَكُنْ مُتعدِّيًا في السببِ، فلا يُؤَاخَذُ بِالضَّمَانِ».

قولُه: (وَسَنُبَيِّنُ بَعْد هَذَا)، إشارةٌ إلى ما ذكَر في أوَّلِ بابِ ضَمانِ الأجيرِ: وهو أن الأجيرَ المشتركَ لِمَ لا يَضْمَنُ فيما هلكَ في يدِه مِن غيرِ صُنْعِه عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، ويَضْمَنُ عندَهما؟ وسَيَجِيءُ بيانُ ذلك ثَمَّةَ إنْ شاء اللهُ تعالى.

قولُه: (**وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ** [٢/٤٩٠ظ] **أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْعَيْنَ لِلْأَجْرِ، كَالحمَّالِ وَالْمَلَّاحِ**)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ[2] رحمه الله أيضًا وقد مَرَّ بيانُه.

ويُرْوَى قولُه: (**كَالْحَمَّالِ**) بالحاءِ والجيمِ جميعًا، والحُكْمُ فيهما واحدٌ، ولهذا ذكَرهما الكَرْخِيُّ جميعًا في «**مختصره**»، وقد مَرَّ آنفًا، والأَوْلَى أنْ يُرْوَى هنا: بالحاءِ؛ لأنَّ الحَمْلَ يَجوزُ أن يَقَعَ على الظهرِ وعلى الدَّابَّةِ، فيَكُونُ أعمَّ مِن لفظِ الجَمَّالِ بالجيمِ، فكان أَوْلَى.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٤].

وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الْحَمْلِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الآبِقِ حَيْثُ يَكُونُ لِلرَّادِّ حَقُّ حَبْسِهِ لِاسْتِيفَاءِ الجَعْلِ، وَلَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَىٰ شَرَفِ الهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ فَكَانَهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ: مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

غاية البيان

قولُه: (وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الْحَمْلِ)، أراد به: الغسلَ بمجرَّدِ إزالةِ الدَّرَنِ، يعني: كما أن الحَمْلَ لا أثرَ له قائمٌ في العينِ، فكذلك الغسلُ، فثَمَّةَ لا يُحْبسُ بالأجْرِ، فكذا هنا.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: ولا يَلْزَمُ علىٰ هذا الآبِقِ إذا ردَّه إنسانٌ، حيثُ يَحْبِسُه بالجُعْلِ، وإنْ لم يَكُنْ لعملِه أثرٌ في العينِ قائمٌ؛ لأن ماليَّتَهُ كانت علىٰ شرَفِ الهلاكِ، فبالردِّ أحيَاه وصار كأنه ملكَه ابتداءً، فكان له حقُّ الحبسِ، ولم تكُنِ العينُ فيما نحن فيه علىٰ شرَفِ الهلاكِ، فلا يَكُونُ له حقُّ الحبسِ؛ لانعدامِ [٦/٣٠٢ظ/م] معنىٰ التمليكِ، وانعدامِ الأثرِ القائمِ بالعينِ.

قولُه: (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ: مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ)، أي: هذا الذي ذكرناه مِن حقِّ الحبسِ لِلصَّانِعِ بالأجرِ، فيما إذا كان لعملِه أثرٌ: هو مذهبُ علمائِنا الثلاثةِ، وهو مذهبُ الحسنِ بنِ زيادٍ أيضًا، وقد رَوَىٰ مذهبَه الكَرْخِيُّ كذلك قبلَ هذا[(١)].

وقال زُفَرُ والشَّافعيُّ ﷺ: ليس له حقُّ الحبسِ، سواءٌ كان لعمَلِه أثرٌ في العينِ، أوْ لم يَكُنْ[(٢)]، وهو معنىٰ قولِه: (فِي الْوَجْهَيْنِ)، في المتنِ، وذكَر العَتَّابِيُّ قولَ الشَّافعيِّ كقولِ زُفَرَ ﷺ. وَجهُ قولِ زُفَرَ: أن المعقودَ عليه ـ وهو العملُ ـ صار مُسَلَّمًا، فلا يَجُوزُ الحبسُ بعدَ التَّسْلِيمِ؛ كالبائعِ إذا سَلَّمَ المَبِيعَ إلىٰ المُشْتَرِي، ليس له حقُّ الحبسِ، وكذا الخَيَّاطُ إذا خاطَ في بيتِ المُسْتَأْجِرِ، ليس له حقُّ الحبسِ بعدَ التَّسْلِيمِ؛ كالبائعِ إذا سَلَّمَ المبيعَ إلىٰ المشتري، ليس له حقُّ الحبسِ، فكذا هنا.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٥٤/٢]، «الفقه النافع» [١١٣٥/٣]، «تبيين الحقائق» [١١١/٥].

(٢) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [١٩٠/٤]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٦٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥٢٦/٣].

وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيْمُ بِاتِّصَالِ المَبِيعِ بِمِلْكِهِ فَسَقَطَ حَقُّ الحَبْسِ.

وَلَنَا: أَنَّ الاِتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ العَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ كَمَا إِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا البَائِعِ.

قَالَ: وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ؛

غاية البيان

ولنا: أن التَّسْلِيمَ إلى المُسْتَأْجِرِ لم يوجدْ؛ لأن إيقاعَه العملَ تحصيلٌ وإيجادٌ له، لا تسليمٌ، واتِّصالُ عمَلِه[1] بالعينِ - التي هي مِلْكُ المُسْتَأْجِرِ - لضرورةِ إقامةِ العملِ؛ إذْ لا يُمْكِنُ العملُ فيها إلا بالاتِّصالِ بها، فما ثبَتَ مِن الاتِّصالِ بالاضطرارِ[2] لا يَدُلُّ على الرِّضا بالتَّسْلِيمِ، فلَمْ يَكُنْ ذلك حبْسًا بعدَ التَّسْلِيمِ، وكان له حبْسُ العملِ الذي بمنزلةِ المَبِيعِ.

والعملُ وإنْ تلاشَى فأثَرُه قائمٌ، فجُعِلَ بقاءُ الأثرِ كبقاءِ أصلِ العملِ، فجُعِلَ له حقُّ الحبسِ لاستيفاءِ الأجْرِ إذا كان حالًّا، بخلافِ ما إذا كان مؤجَّلًا، حيثُ لا يَكُونُ له حقُّ الحبسِ؛ كما لا يَحْبِسُ المَبِيعَ إذا كان الثَّمَنُ مؤجَّلًا.

قولُه: (وَلَنَا أَنَّ الاِتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ)، أي: اتِّصالَ عمَلِ الأجيرِ بالمحلِّ الذي يَعْمَلُ فيه.

قولُه: (فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ)، أي: لم[3] يَكُنِ الصَّانِعُ راضيًا باتِّصالِ العملِ على أنه تسليمٌ، فإذا لم يَكُنْ راضيًا بذلك؛ لم يَكُنْ وقوعُ العملِ في يدِ المُسْتَأْجِرِ مانعًا مِن الحبسِ بالأجرةِ، كما لو وقَع المَبِيعُ في يدِ المُشْتَرِي بلا رضا البَائِعِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ

(١) وقع بالأصل: «عمل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «بالإضرار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) وقع بالأصل: «إن لم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِنْ أَطْلَقَ لَهُ العَمَلَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَّتِهِ ، وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ وَبِالاسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ بِمَنْزِلَةِ إِيْفَاءِ الدَّيْنِ ، وَاللهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

غَيْرَهُ) ، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1] ، وذلك لأن أعمالَ الصُّنَّاعِ فيها تفاوُتٌ بينَ عَمَلٍ وعملٍ ، فإذا شُرِطَ عملُ الأجيرِ نفسِه ؛ كان ذلك شرطًا مفيدًا ، فيُعْتَبرُ ، فليس له أن يَخُالفَ ويَسْتَعْمِلَ غيرَه .

أَمَّا إذا أطلَقَ العملَ: كان المرادُ منه نَفْسَ العملِ ، فله أَنْ يَسْتعْمِلَ غيرَه ؛ لأن المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلىٰ ما هو المعتادُ والمتعارَفُ فيما لم يُشْتَرطْ ، والصُّنَّاعُ يَعْمَلُون في العاداتِ بأنفسِهم وبأُجَرائِهم ، فكان له أن يَعْمَلَ بنفسِه وأجِيرِه ، وهذا لأن المعقودَ عليه مُطْلَقُ العملِ في الذمَّةِ ، وذلك موجودٌ في فِعْلِه وفِعْلِ غيرِه ، فيَجُوزُ أنْ [٦/٣٠٣و/م] يُوفيَه باستعانةِ [٢/٤٩١و] غيرِه ، كما في إيفاءِ الدَّيْنِ .

وفي الصورةِ الأُولىٰ: المعقودُ عليه: العملُ المقيَّدُ ، وهو العملُ الواقعُ مِن شخصٍ بعَيْنِه ، فلا يَجُوزُ تركُه إلىٰ غيرِه ، كما في استئجارِ الدَّابَّةِ للرُّكُوبِ ، إذا قَيَّدَ رُكُوبَ شخصٍ ليس له أنْ يُرْكِبَ غيرَه ، فإذا أطلقَه[2] جاز أَنْ يُرْكِبَ مَن شاء ، علىٰ ما يَجِيءُ بيانُه بعدَ هذا ، وكذا لو استأجَر دَابَّةً بعَيْنِها للحَمْلِ ليس للمُؤْجِرِ أنْ يُسَلِّمَ غيرَها ، فإذا استأجَرَها للحَمْلِ ، ولم يُعَيِّنها ؛ جاز له أنْ يُسَلِّمَ أيَّ دَابَّةٍ شاء .

ونُقِلَ عن الإمامِ حميدِ الدِّينِ الضَّريرِ ﷺ: أن صورةَ المسألةِ فيما إذا قال لِلخَيَّاطِ مثلًا: علىٰ أن تَعْمَلَ بنفسِكَ أوْ بيدِكَ ، أَمَّا إذا قال: علىٰ أن تَعْمَلَ ؛ فهو مُطْلَقٌ .

واللهُ أعلمُ .

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٤] .

(٢) وقع بالأصل: «أطلقت» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

فَصْــلٌ

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَىٰ الْبَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ، فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ بِحِسَابِهِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ العِوَضُ بِقَدْرِهِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ.

فَصْــلٌ

لَمَّا ذكرَ في البابِ المتقدِّمِ استحقاقَ تمامِ الأجْرِ: ذكرَ في هذا الفصلِ عدمَ استحقاقِ تمامِ الأجْرِ، أوْ بعضِ الأجرِ، وقدَّم مسائلَ البابِ على مسائلِ هذا الفصلِ؛ لأن الأصلَ وجوبُ الأجرِ كاملًا عندَ صحَّةِ الْإِجَارَةِ ونقصانِه، أوْ عدمِه بعارِضٍ، هذا ما لاحَ لي مِن وَجْهِ المناسبةِ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَىٰ الْبَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضَهُمْ قَدْ مَاتَ، فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ؛ فَلَهُ الْأَجْرُ بِحِسَابِهِ)، وهذه من مسائلِ **«الجامع الصغير»**.

قال محمَّدٌ فيه: «عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵄: في رَجُلٍ استأجرَ رَجُلًا ليذهَبَ إلى البصرةِ، فيَجِيءَ بعيالِه، فذهَب فوجَد بعضَهم قد مات، فحمَلَ مَن بقِيَ، قال: له مِن الأجرِ بحسابِ ذلك»[1]. إلى هنا لفظُ محمَّدٍ ﵀ في أصلِ **«الجامع الصغير»**.

قالوا في **«شروح الجامع الصغير»**: معنى المسألةِ: إذا كان عيالُه معلومين، وذلك لأن الأجرَ مقابلٌ بحَمْلِهم جميعًا، فإذا حمَلَهم جميعًا كان يَسْتَحِقُّ جميعَ الأجرِ، فلَمَّا أوفَى بعضَ المعقودِ عليه دونَ البعضِ؛ استحقَّ الأجرَ بقَدْرِ ما أوفى، وبَطَلَ بقَدْرِ ما لم يُوفِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤].

وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَىٰ فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَىٰ فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في رَجُلٍ استأجَر رَجُلًا ليذهبَ بكتابِه إلىٰ البصرةِ إلىٰ فلانٍ، ويَجِيءَ بجوابِه، فذهَب فوجَدَ فلانًا قد مات، فردَّ الكتابَ. قال: لا أجْرَ له، وقال محمَّدٌ: له الأجرُ في الذهابِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

ولم يَذْكُرْ محمدٌ فيه قولَ أبي يوسفَ ﷺ، وقال في «**الحَصْر**» و«**المختلف**»[2]: ذكَرَ أبو الليثِ قولَ أبي يوسفَ معَ محمَّدٍ وغيرِه مع أبي حنيفةَ، وذكَر القُدُورِيُّ ﷺ [٦/٣٠٣ظ/م] في كتابِ «**التقريب**» وفخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «**شرح الجامع الصغير**»: قولَ أبي يوسفَ معَ أبي حنيفةَ ﷺ[3].

وقال فخر الدِّين قاضي خان ﷺ في «**شرْحه للجامع الصغير**»: «واختلَف المشايخُ في قولِ أبي يوسفَ، **والأصحُّ** أن قولَهُ كقولِ أبي حنيفةَ ﷺ، وأجمَعُوا أنه لو تركَ الكتابَ ثَمَّةَ، ولم يَرُدَّ إلىٰ المرْسِلِ، يَسْتَحقُّ أجْرَ الذهابِ.

وأجمَعُوا علىٰ أنه لو ذهَب إلىٰ البصرةِ ولم يحْمِلِ الكتابَ؛ فلا يَسْتَحقُّ الأجرَ، وأجمَعُوا علىٰ أنه لو استأجَر رسولًا ليُبَلِّغَ الرسالةَ إلىٰ فلانٍ بالبصرةِ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٦٠٤].

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/١٣٢]، «العناية شرح الهداية» [٩/٧٩]، «التنبيه على مشكلات الهداية» [٥/٦٠٣]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٢٤٥].

وَقَالَ **مُحَمَّدٌ: لَهُ الأَجْرُ فِي الذِّهَابِ**؛ لِأَنَّهُ أَوْفَى بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ المَسَافَةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابِلٌ بِهِ لِمَا فِيْهِ مِنَ المَشَقَّةِ دُونَ حَمْلِ الكِتَابِ لِخِفَّةِ مُؤْنَتِهِ.

غاية البيان

فذهبَ ولم يَجِدْ فلانًا؛ فإنه يسْتَحقُّ الأجرَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ قاضي خان رحمه الله.

والأصلُ [هنا][2]: أن المعقودَ عليه إذا انتَقَضَ بَطَلَ الأجرُ بالاتِّفاقِ، ولكن الخلافَ في أن الأجرَ مقابلٌ بإيصالِ الكتابِ إلىٰ المكتوبِ إليه، أمْ مقابلٌ بحَمْلِ الكتابِ، وقَطْعِ المسافةِ به؟

فقال محمَّدٌ رحمه الله: [إنه][3] مقابلٌ بقَطْعِ المسافةِ بالكتاب، لا بحَمْلِ الكتابِ [٤٩١/٢ظ] وجوابُه إلىٰ الكاتبِ؛ لأنَّ حَمْلَه يسيرٌ لا يُقَابلُ به البدلُ غالبًا؛ لخِفَّةِ مُؤْنتِه، ثم قطْعُ المسافةِ وقَع في الذهابِ للمُسْتَأْجرِ، فوَجَبَ أجْرُ الذهابِ، ولم يَقَعْ قَطْعُها في العَوْدِ للمُسْتَأْجرِ، فلَمْ يَجِبْ أجْرُه، وذلك لأنه أوفىٰ بعضَ المعقودِ عليه دونَ بعضٍ، فوَجَبَ الأجرُ بحسابِ ذلك، كما لو استأجَره علىٰ حَمْلِ طعامٍ إلىٰ البصرةِ، فحَمَلَ بعضَه.

ووَجْهُ قولِهما: أن المقصودَ مِن الاستئجارِ علىٰ حَمْلِ كتابٍ إلىٰ فلانٍ بالبصرةِ، هو إيصالُ الكتابِ إليه لا حَمْلُه، وإنما الحملُ وسيلةٌ إلىٰ ذلك، والأجرُ يُقابَلُ بما هو المقصودُ مِن العقدِ دونَ الوسيلةِ، فإذا ردَّ الكتابَ ولم يُوصِّلْهُ إلىٰ المكتوبِ إليه؛ فقد أبْطَلَ عمَلَه قبلَ التَّسْلِيمِ، فلا يَسْتَحقُّ الأجرَ، كمَنِ استأجَر خيَّاطًا ليَخِيطَ له ثوبًا فخاطَه، ثم فتَقَه؛ لا يَجِبُ له الأجرُ؛ لأنه نقَضَ عملَه، فكذا هنا، فصار كَمَنِ استُؤْجِرَ لحَمْلِ طعامٍ إلىٰ فلانٍ بالبصرةِ، فحَمَلَه، ثم ردَّه إلىٰ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

بغدادَ؛ فلا أجْرَ له، فأشبَه ما إذا كان المكتوبُ إليه حيًّا ولم يُوَصِّلْهُ إليه، بخلافِ ما إذا تركَ الكتابَ ثَمَّةَ، حيثُ يَجِبُ له أجْرُ الذهابِ؛ لأنه لم يَنْقُضْ عمَلَه، بل أتىٰ بما في وُسْعِه وإمكانِه.

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»[1]: «إن لم يَرُدَّ الكتابَ، لكنَّه دفَعَه إلىٰ وارثِه، أو وَصِيِّه؛ يَجِبُ الأجرُ بالإجماعِ، ولم يَذْكُرْ أنه إذا وجدَ فلانًا غائبًا، فتركَ الكتابَ هناك ورَجَعَ ـ يعني: لم يَذْكُرْ محمَّدٌ ﷺ في **«الجامع الصغير»** ـ.

فَمِنْ مشايخِنا [٦/٣٠٤و/م] **مَن قال**: هذا علىٰ الاختلافِ في الذي ذَكَرْنا، ومنهم مَن قال: يَجِبُ أجرُ الذهابِ بالاتِّفاقِ، هذا إذا شرطَ عليه المجيءَ بالجوابِ، فإن لم يشْتَرِطْ عليه المجيءَ بالجوابِ، فلَمْ يَذْكُرْ في الكتابِ. ـ يَعْنِي في **«الجامع الصغير»** ـ.

فنقول: إذا لم يَشْتَرِطْ، وتركَ الكتابَ ثَمَّةَ حتَّىٰ يُوصِلَ إليه إذا حضَر، بأنْ كان غائبًا، وإلىٰ ورثَتِه إنْ كان ميِّتًا، فإنه يَسْتَحِقُّ الأُجرةَ كَمَلًا[2]، وكذا لو وجَده فدَفَع الكتابَ إليه، فلَمْ يَقْرَأْ حتَّىٰ عاد مِن غيرِ جوابٍ، له الأجرُ كَمَلًا؛ لأنه أتىٰ بما في وُسْعِه، ولو لم يَجِدْهُ، أو وجَده لكن لم يدْفَعِ الكتابَ، بل ردَّ الكتابَ؛ فلا أجْرَ له، **وقال محمَّدٌ**: له أجْرُ الذهابِ، ولو نَسِيَ الكتابَ ههنا؛ لا يَسْتَحِقُّ أجْرَ الذهابِ بالإجماعِ.

ولوِ استأجَره ليُبَلِّغَ رسالتَه إلىٰ فلانٍ بالبصرةِ، فذهَب الرَّجُلُ فلَمْ يَجِدِ المرْسِلَ إليه، أوْ وجَدَه لَكِنْ لم يُبَلِّغِ الرسالةَ فرجَع؛ فله الأجرُ.

والفرقُ بينَ الرسالةِ والكتابِ: أن الرسالةَ قد تَكُونُ سرًّا لا يَرضىٰ المُرْسِلُ

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٢٤].

(٢) يقال: أعطاهُ المالَ كَمَلًا ـ بالتحريك ـ: أيْ كامِلًا، هكذا يُتَكَلَّم به في الجميع والوُحْدَان سواء، لا يُثَنَّىٰ ولا يُجْمَع؛ وليسَ بمَصْدر ولا نَعْت، إنَّما هو كقَوْلِكَ: أعْطَيْته كُلَّه. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلَهُمَا: [١١٤/ظ]: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُود، أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِمَا فِي الْكِتَابِ، لَكِنَّ الْحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ، وَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الْأَجْرُ كَمَا فِي الطَّعَامِ وَهِيَ الْمَسْأَلَة الَّتِي تَلِي هَذِهِ الْمَسْأَلَة وَإِنْ تَرَكَ الْكِتَابَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ وَعَادَ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِالذَّهَابِ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَمْ يَنْتَقِضْ.

وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَىٰ فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا

غاية البيان

بأنْ يَطَّلِعَ عليه غيرُه، أمَّا الكتابُ: فمختومٌ. ـ يعني: لو تركَ الكتابَ مختومًا لا يَطَّلِعُ عليه غيرُه ـ.

قال الشيخُ الإمامُ شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ ﷺ: لَا نُسَلِّم فصْلَ الرسالةِ هو والكتابُ سواءٌ، فأمَّا في الطعامِ إذا رَجَعَ بالطعامِ وهلَكَ في الطريقِ؛ لا يَضْمَنُ عندَ أصحابِنَا الثلاثةِ»[١]. كذا في «الخلاصة».

قولُه: (وَلَهُمَا: أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الْكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَقْصُودُ، أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ، وَهُوَ الْعِلْمُ بِمَا فِي الْكِتَابِ، لَكِنَّ الْحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ، وَقَدْ نَقَضَهُ)، أي: المعقودُ عليه نَقْلُ الكتابِ إلىٰ المكتوبِ إليه؛ لأن الإيصالَ ـ وهو النقلُ إليه ـ هو المقصودُ مِن عَقْدِ الْإِجَارَةِ، أو نقلُ الكتابِ إليه وسيلةٌ إلىٰ ما هو المقصودُ، والمقصودُ: هو عِلْمُ المكتوبِ إليه ما في الكتابِ.

ولكنَّ الحُكْمَ ـ وهو وجوبُ الأُجرةِ ـ مُعَلَّقٌ بنَقْلِ الكتابِ إلىٰ المكتوبِ إليه؛ لأن عِلْمَ ما في الكتابِ، لا يحْصُلُ للمكتوبِ إليه قبلَ النقلِ إليه، وقد نقَضَ الأجيرُ النقلَ، وهو عمَلُه قبلَ التَّسْلِيمِ، فسقَطَ الأجرُ كالطعامِ إذا ردَّه بعدَ الحَمْلِ.

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَىٰ فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ، فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٢٤].

فَرَدَّهُ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عَلَيهِ، وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ

غاية البيان

مَيْتًا فَرَدَّهُ؛ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ [٢/٤٩٢و] جَمِيعًا)، وهذه مِن مسائلِ «**الجامع الصغير**»[1] أيضًا، أي: في قولِ علمائِنا الثلاثةِ.

والفرقُ لمحمَّدٍ رحمه الله: أن نقْلَ الطعامِ عملٌ يُقابَلُ به الأجرُ؛ لأن في إقامَتِه حرَجًا، وقد نقَضَه، أمَّا حمْلُ الكتابِ: فليس بعمَلٍ تُقابَلُ به الأُجرةُ؛ ليُسْرِه [٦/٣٠٤ظ/م] وخِفَّةِ مُؤْنَتِه، وإنما يُقابلُ الأجرُ بقَطْعِ المسافةِ، وقد قطَعَها في الذهابِ له.

ثم في هذه المسألةِ خلافُ زُفَرَ رحمه الله، فعندَه: يَجِبُ الأجرُ، وهو غَاصِبٌ في الرجوعِ. كذا ذَكر الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «**شرح الجامع الصغير**».

لنا: أنه نقَضَ العملَ حيثُ ردَّ الطعامَ، فصار كأنه لم يحْمِلْهُ أصلًا، فلا يَجِبُ الأجرُ؛ كَالخَيَّاطِ إذا خاطَ ثوبًا ثم نقَضَه[2].

ولِزُفَرَ: أنه لَمَّا حمَلَ الطعامَ إلىٰ البصرةِ؛ انتهَتْ إجارتُه، فوَجَبَ الأجرُ، وصار في الردِّ غاصبًا، كَمَنْ باع طعامًا وسَلَّمه إلىٰ المُشْتَرِي، ثم استردَّه منه؛ يَجِبُ الثَّمَنُ علىٰ المُشْتَرِي، والبَائِعُ غَاصِبٌ للطعامِ، فيَجِبُ ردُّه، أوْ ردُّ مِثْلِه، فكذلك هنا.

ولَا نُسَلِّمُ أن الأجرَ يَجِبُ بمجرَّدِ حمْلِ الطعامِ إلىٰ البصرةِ؛ لأن المعقودَ عليه هو حَمْلُ الطعامِ إلىٰ فلانٍ بالبصرةِ، ولم يُوجَدْ حمْلُه إلىٰ فلانٍ، فلا يَجِبُ الأجرُ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله)، أي: بخلافِ مسألةِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤].

(٢) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النُّسَخ: «فتَقَه». بدل: «نقَضَه». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«تح».

هُنَاكَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ. ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

حَمْلِ الكتابِ إلىٰ فلانٍ بالبصرةِ، فإن فيها يَجِبُ أَجْرُ الذهابِ علىٰ قولِ محمَّدٍ، وفي مسألةِ حملِ الطعامِ إذا ردَّه لا يَجِبُ الأَجرُ بالاتِّفاقِ، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (هُنَاكَ)، أي: في مسألةِ الكتابِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ مِن دليلِ محمَّدٍ بقولِه: (لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بَعْضَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ الْمَسَافَةِ).

والله ﷻ أعلمُ [بالصوابِ][١].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بَابُ
مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ، وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا؛ ....

غاية البيان

بَابُ
مَا يَجُوزُ مِنَ الْإِجَارَةِ، وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

لَمَّا ذكرَ ركنَ الْإِجَارةِ وشَرْطَها مِن كونِ المعقودِ عليه معلومًا، والأُجرةُ مَعْلُومَةٌ، وذكرَ أيضًا: أيَّ وَقْتٍ تُسْتَحَقُّ الأُجرةُ؛ ذكرَ هنا ما يَجُوزُ مِن الْإِجَارةِ بإطلاقِ اللفظِ أوْ تقييدِه، وذكرَ أيضًا مِن الأفعالِ ما يُعَدُّ خلافًا مِن الأجيرِ للمُؤْجِرِ، وما لا يُعَدُّ خلافًا.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَى، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وله أن يَعْمَلَ كلَّ شيءٍ إلا الحِدَادَةَ والقِصَارَةَ والطِّحَانَةَ»(١).

قيل: صورةُ المسألةِ فيما إذا قال: استأجرْتُ هذه الدارَ كذا شهرًا، ولم يُبَيِّنْ شيئًا يُعْمَلُ فيها، لا السُّكْنَى ولا غيرُها، فعلى هذا يَكُونُ قولُه: (لِلسُّكْنَى)، مُتَّصِلًا بـ(الدُّورِ وَالْحَوَانِيتِ)، أي: استئجارِ دُورِ السُّكْنَى وحَوَانِيتِ السُّكْنَى مِن غيرِ أنْ يُبَيِّنَ ما يُعمَلَ فيها جائزٌ.

وهذا صحيحٌ؛ لأن شيخَ الإسلامِ علاءَ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيَّ ﵀ ذكرَ في «شرح الكافي» ـ الذي هو «مبسوطه» ـ في أوَّلِ بابِ إجارةِ [٦/٣٠٥و/م] الدُّورِ والبيوتِ:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

. . . .

«وإذا استأجَر الرَّجُلُ دارًا سَنةً بكذا، ولم يُسَمِّ الَّذي يُريدُها له، فإن أبا حنيفةَ ﷺ قال: هو جائزٌ، وله أنْ يَسْكُنَها، ويُسْكِنَها مَن شاء، ويَضَعُ ما بدا له مِن الثيابِ والمَتَاعِ والحيوانِ، ويَعْمَلُ فيها ما بدا له مِن الأعمالِ ما خلا الرَّحَىٰ والحِدَادَةِ والقِصَارَةِ؛ فإن هذا يُضِرُّ بالبناءِ، وليس له أن يَفْعَلَهُ إلا برضا صاحبِ الدارِ، أوْ يَشْتَرِطُ عليه في الإِجَارَةِ، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ ﷺ، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ؛ لأنَّ المَنَافِعَ تَخْتَلِفُ باختلافِ الاستعمالِ، فصار كما لوِ استأجَر دَابَّةً ولم يُبَيِّنْ أنه يَرْكَبُها، أو يَحْمِلُ عليها، فإنه لا يَجُوزُ، كذا [٤٩٢/٢ظ] ههنا.

وَجْه الاستحسانِ: أن المقصدَ مِن الدارِ إنما هو السُّكْنَىٰ، وحِفْظُ الأمتعةِ، وهذا لا يَتَفَاوَتُ بتفاوُتِ الناسِ، ولهذا لوِ استأجَر دارًا ليَسْكُنَها؛ كان له أن يُسْكِنَها غيرَه، بخلافِ الدَّابَّةِ؛ لأن منافعَها تتفاوَتُ بتفاوتِ الاستعمالِ، فلا بُدَّ مِن بيانِ الجهةِ؛ لتصيرَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً.

فإنْ كان في الدارِ موضعٌ مُعَدٌّ لرَبْطِ الدوابِّ؛ كان له ذلك وإلا فلا؛ لأنه يُؤَدِّي إلى إفسادِ الدارِ؛ إذْ رَبْطُ الدوابِّ في موضعِ السُّكْنَىٰ إفسادٌ، فلا يَجُوزُ، بخلافِ الحِدَادَةِ والقِصَارَةِ؛ لأن هذا يُضِرُّ بالبناءِ ويُوهِنُه، فلا يَمْلِكُه إلا بالشرطِ، وكذلك الرَّحَىٰ.

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٌ ﷺ: كلُّ عملٍ يُفْسِدُ البناءَ ويُوهِنُه فهو مِثْلُ الحِدَادَةِ والقِصَارَةِ والرَّحَىٰ(١)، لِمَا ذَكَرْنا أنه يُفْسِدُ البناءَ، فكان في معناه.

قال: ولو استأجرَها للسُّكْنَىٰ كلَّ شهرٍ بكذا؛ فله أنْ يرْبِطَ فيها دابَّتَه وبَعِيرَه وشاتَه ويُسْكِنَها مَن أحبَّ، وهذا إذا كان فيها موضعٌ مُعَدٌّ لذلك علىٰ ما بَيَّنَّا». كذا

(١) ينظر: «الأصل» للشيباني [٤٦٣/٣]، «المبسوط» للسرخسي [١٣٠/١٥].

لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَىٰ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ فَصَحَّ الْعَقْدُ. وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ لِلإِطْلَاقِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْكُنُ حَدَّادًا وَلَا قَصَّارًا

ذكَرَ شيخُ الإسلامِ عليٌّ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله.

وقد رَوَىٰ محمَّدُ بنُ الحسنِ في كتابِ «الآثار»: عن أبي حنيفةَ عَنْ أَبِي حَصِينٍ[١]، عَنْ ابنِ رَافِعٍ[٢]، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ مَرَّ بِحَائِطٍ فَأَعْجَبَهُ فَقَالَ: «لِمَنْ هَذَا؟» قَالَ: لِي يَا رَسُولَ اللهِ، اسْتَأْجَرْتُهُ، قَالَ: «لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ»[٣]، وهذا الحديثُ دَلَّ علىٰ جوازِ إجارةِ العَقارِ؛ إذْ لو لَمْ يَجُزْ؛ لم يَكُنْ للتخصيصِ فائدةٌ، ويَجُوزُ أن يَتَعَلَّقَ قولُه: (للسُّكْنَىٰ) بالاستئجارِ، أي: يَجُوزُ استئجارُ الدُّورِ والحَوَانِيتِ لأَجْلِ السُّكْنَىٰ وإنْ لَمْ يُبَيِّنْ ما يُعْمَلُ فيها، وله أنْ يَعْمَلَ فيها كلَّ شيءٍ لا يُوهِنُ البناءَ ولا يُفْسِدُه، وهو الظاهرُ مِن [٦/٣٠٥ظ/م] كلامِ القُدُورِيِّ رحمه الله.

قولُه: (لِأَنَّ الْعَمَلَ الْمُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَىٰ)، يعني: أن القصدَ مِن الدارِ في العُرْفِ: هو السُّكْنَىٰ، فيَنْصَرِفُ مُطْلَقُ العقدِ إلىٰ المتعارَفِ، وأنه ليس بمتفاوتٍ، فيَصِحُّ العقدُ، وله أن يَعْمَلَ فيها كلَّ شيءٍ لا يُوهِنُ البناءَ ولا يُفْسِدُه، كالطبْخِ، والخَبْزِ، والخِيَاطَةِ، وغَسْلِ الثوبِ، ونحوِ ذلك، بخلافِ ما يُوهِنُ البناءَ، فإنه ليس [له][٤] ذلك، كَالحِدَادَةِ والقِصَارَةِ والطِّحَانَةِ.

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَسْكُنُ)، استثناءٌ مِن قولِه: (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ) وقولُه:

---

(١) أبو حَصِينٍ: هو عثمان بن عاصم الأسدي. ذكره مسلم. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن». وينظر: «الكنى والأسماء» لمسلم بن الحجاج [٢٧٤/١].

(٢) هو عَبَاية بن رافع، كذا ذكَر الحسنُ في كتاب: «المجرّد». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٣) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٦٥٨/٢]. والطبراني في «المعجم الكبير» [٤/ رقم ٤٣٥٤]، وابن خسرو في «مسند أبي حنيفة» [٦٧١/٢]، والحارثي في «مسند أبي حنيفة» [٨١٨/٢]، من طريق أبي حَنِيفَةَ، عَنِ أَبِي حُصَيْنٍ، عَنِ ابْنِ رَافِعٍ، عَنِ أَبِيهِ رضي الله عنه به.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

ولَا طحَّانًا؛ لِأَنَّ فِيْهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ البِنَاءَ فَيَتَقَيَّدُ العَقْدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلَالَةً.

(يَسْكُنُ)، بفتحِ الياءِ مِن الثلاثيِّ المجرَّدِ، فيَكُونُ على هذا انتصابُ قولِه: (حَدَّادًا)، أو (قَصَّارًا)، أو (طَحَّانًا) على الحالِ.

ويُفْهَمُ على هذا التقديرِ: عدمُ إسكانِه غيرَه بطريقِ الدلالةِ، ويَجُوزُ بضمِّ الياءِ، وكسْرِ الكافِ، وانتصابُ كلٍّ منها على أنه مفعولٌ به.

فعلَى هذا التقديرِ: يُفْهَمُ عدمُ سُكْناه بنفسِه بطريقِ الإشارةِ؛ لأنه إنما لَمْ يَجُزْ أن يُسْكِنَ غيرَه؛ لأن ذلك يُوهِنُ البناءَ، وفي سُكْنَى نفْسِه مُلْتبسًا بهذه الأشياءِ.

هذا المعنى حاصلٌ، فكان في مَنْعِه عن إسكانِه غيرَه إشارةٌ إلى مَنْعِه عن سُكْناه، واللهُ أعلمُ.

وإنما قُلنا: إن الأوَّلَ دلالةٌ؛ لأنه لَمَّا لم يَمْلِكِ السُّكْنَى بنفسِه؛ فلَأَنْ لا يَمْلِكَها غيرُه بالطريقِ الأَوْلَى.

قال شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الكافي»: «وإذا استأجَر بيتًا على أنْ يَقْعُدَ فيه قصَّارًا، فأراد أنْ يَقْعدَ فيه حدَّادًا فله ذلك إن كانت مَضرَّتُهما واحدةً، أو مضرَّةُ الحَدَّادِ أقلَّ؛ لأنه لا يَلْحَقُه فيه ضررٌ[1] زائدٌ، فكان له ذلك، وإنْ كان أكثرَ مضرّةً؛ لم يكن له ذلك لتحقُّقِ الضررِ، وكذلك الرَّحَى، والمسلمُ، والذِّمّيُّ، والحَرْبِيُّ المُسْتَأْمَنُ، والحُرُّ، والمملوكُ التاجرُ، والمكاتَبُ، كلُّهم سواءٌ في الإِجَارَةِ؛ لأنه عَقْدٌ يُتَوَصَّلُ به إلى إقامةِ المصالحِ الدنيويَّةِ، وكلُّ واحدٍ مِن هؤلاءِ يَمْلِكُ إقامةَ مَصالِحِ دُنياه، ولأنه نوعُ تجارةٍ، وكُلُّ [٢/٤٩٣و] واحدٍ منهم يَمْلِكُ التجارةَ».

---

(١) وقع بالأصل: «في ضرر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشُّرْبُ وَالطَّرِيقُ ، لِأَنَّ الإِجَارَةَ تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ ، وَلَا انْتِفَاعَ إِلَّا بِهِمَا

غاية البيان

وقال بعدَ هذا في هذا البابِ قريبًا مِن خمسةَ عشرَ ورقةً: «رَجُلٌ تكارَىٰ بيتًا ولم يُسَمِّ ما يَعْمَلُ فيه ؛ فهو جائزٌ، وليس له أنْ يَعْمَلَ فيه القِصَارَةَ ونظائرَها ؛ لأن البيتَ يُقْصَدُ به السُّكْنَىٰ، ووَضْعُ الأقمشةِ، فكانتِ المنفعةُ المطلوبةُ منه مُتَعَيَّنَةٌ ؛ فلا يَحْتَاجُ إلىٰ التعيينِ ، ومتىٰ تعيَّن السُّكْنَىٰ فكلُّ عملٍ يَكُونُ في معنىٰ السُّكْنَىٰ ولا يُضِرُّ بالبناءِ يَمْلِكُه ، وكلُّ ما عاد ضررُه إلىٰ البناءِ لا يَمْلِكُه ؛ لأنه ليس في معناه.

فإنْ عَمِلَ القِصَارَةَ فيه فانهدَم البيتُ مِن عملِه [٦/٣٠٦و/م] ؛ فهو ضامنٌ ؛ لأنه صار مخالفًا، فأُنْزِل غاصبًا ولا أجْرَ عليه ؛ لأن الأجرَ مع الضَّمَانِ لا يَجْتَمِعَانِ ، وإنما كان كذلك ؛ لأنَّا جعلْنا فِعْلَه إتلافًا مِن الابتداءِ ، والإتلافُ لا يُقابَلُ بالأجْرِ ، وإنْ سلِمَ أوجَبْتُ عليه الأجرَ استحسانًا ؛ لأن القولَ بنفاذِ العقدِ في هذه الحالةِ نفْعٌ راجعٌ إلىٰ السيِّدِ مِن غيرِ ضررٍ يَلْزَمُه ، فحكَمْنا بالنفاذِ عليه».

قولُه: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يَصِحُّ العقدُ حتَّىٰ يُسَمِّيَ ما يَزْرَعُ فيها ، أوْ يَقُولُ: علىٰ أنْ يَزْرَعَ فيها ما شاء»(١).

اعلم أوَّلًا: أن الأراضيَ يَجُوزُ استئجارُها لِلزِّرَاعَةِ ؛ لأن مَنْفَعَتَها مَعْلُومَةٌ يُمْكِنُ استيفاؤُها، فجاز الاستئجارُ كَالِاسْتِعَارَةِ، ثم لَمَّا جاز استئجارُها لا يَصِحُّ الاستئجارُ حتىٰ يُبَيِّنَ ما يَزْرَعُ فيها مِن أنواعِ الزِّرَاعَةِ، أو يَقُولَ: يَزْرَعُ فيها أيَّ نوعٍ شاء، وذلك لأن ما يُزْرَعُ متفاوتٌ ؛ لأن ضررَه علىٰ الأرضِ ونُقْصانَها به ظاهرٌ، ولا يَصِحُّ العقدُ معَ جهالةِ المعقودِ عليه ، فلا بُدَّ مِن بيانِ النوعِ المزْرُوعِ ؛ ليقَعَ العقدُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠١].

فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ العَقْدِ، بِخِلافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ المَقْصُود مِنْهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ لَا الانْتِفَاعِ فِي الحَالِ، حَتَّىٰ يَجُوزَ بَيْعُ الجَحْشِ وَالأَرْضَ السَّبْخَةَ فَلَا يَدْخُلَانِ فِيْهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الحُقُوقِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

غاية البيان

صحيحًا بارتفاعِ الجهالةِ.

أَمَّا إذا قال: علىٰ أن يَزْرَعَ فيها ما شاء؛ جاز العقدُ بلا بيانِ النوعِ؛ لأن عدمَ الجوازِ كان لدَفْعِ الضررِ، فإذا رَضِيَ صاحبُ الأرضِ بذلك جاز؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ في جميعِه مَعْلُومَةٌ.

ثم لَمَّا جاز استئجارُ الأرضِ لِلزِّرَاعَةِ وصحَّ؛ دخَل الشِّرْبُ والطريقُ؛ لأن الْإِجَارَةَ تُعْقَدُ للانتفاعِ، و[لا][1] انتفاعَ بالأرضِ إذا لم يَدْخُلِ الشِّرْبُ والطريقُ، فيدخُلان ليتحقَّقَ الانتفاعُ.

بخلافِ ما إذا باع الأرضَ أوِ البيتَ، حيثُ لا يَدْخُلُ الطريقُ والشِّرْبُ إلا أنْ يَقُولَ: بِكُلِّ حقٍّ هو له أوْ بمَرَافِقِه، أوْ يَقُولَ: بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ هو فيه أو منه، وهذا لأن المقصودَ مِن البَيْعِ: هو تمَلُّكُ الرَّقَبَةِ، لا الانتفاعُ بعَيْنِها.

ولهذا يَجُوزُ بَيْعُ الجَحْشِ الذي لا يُنْتَفَعُ به في الحالِ، ويَجُوزُ بَيْعُ الأرضِ السَّبَخَةِ[2]، ولا يَجُوزُ إجارتُهُما لعدمِ الانتفاعِ، وقد مَرَّ بيانُه في بابِ الحقوقِ، وهو المرادُ مِن قولِه: (وَقَدْ مَرَّ فِي الْبُيُوعِ).

قال الفقيهُ أبو الليثِ في شرْحِه لـ«**الجامع الصغير**»: «وكان الفقيهُ أبو جعفرٍ يَقُولُ: إذا كانتِ الْإِجَارَةُ في بلدِنا، فالشِّرْبُ لا يَدْخُلُ في الْإِجَارَةِ بغيرِ شرْطٍ؛ لأن

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) السَّبَخَةُ ـ بفَتْح الباء وكسْرها ـ: أَرضٌ ذات مِلْحٍ ونَزٍّ، لَا تكَاد تُنْبِت، وجَمْعُها: سِبَاخٌ وسَبِخاتٌ. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلَا يَصِحُّ العَقْدُ حَتَّىٰ يُسَمِّي مَا يَزْرَعُ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُسْتَأْجَرُ للزِّرَاعة وَلغَيْرِهَا وَمَا يَزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ فَلَا بُدَّ من التَّعْيِينِ؛ كَيْلَا تَقَعَ المُنَازَعَة أو يَقُول عَلَىٰ أَن يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الخِيَرَة إِلَيْهِ ارْتَفَعَتْ الجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إِلَىٰ المُنَازَعَة.

غاية البيان

الناسَ يتموَّلُون بالماءِ علىٰ الانفرادِ، فلا يَجُوزُ أن يَدْخُلَ فيها إلا بالشرطِ».

وقال **الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ** ﷺ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «ومَنِ استأجَر حانوتًا ولم يُسَمِّ [٦/٣٠٦ظ/م] ما يَعْملُ فيه؛ فله أن يَعْمَلَ فيه ما بدا له إلا أنه ليس له أن يَجْعَلَ فيه حدَّادًا، ولا قَصَّارًا، ولا طحَّانًا، وكذلك كلُّ ما يُوهِنُ البناءَ، وكذلك كلُّ شيءٍ استُؤْجِرَ ولم يُبَيِّنْ ذلك؛ فله أن يَعْمَلَ فيه جنسَ ذلك العملِ إلا في أشياءَ معدودةٍ:

إذا استأجَر دَابَّةً للرُّكُوبِ ولم يُبَيِّنْ مَن يَركَبُهَا، أو استأجَر ثوبًا ولم يُبَيِّنْ مَن يَلْبَسُه، أوِ استأجَر قِدْرًا للطبْخِ ولم يُبَيِّنْ ما يُطْبَخُ فيه، أو استأجَر أرضًا لِلزِّرَاعَةِ ولم يُبَيِّنْ ما يُزْرَعُ فيها [٢/٤٩٣ظ]؛ فالإجارةُ في هذا كلِّه فَاسِدَةٌ.

فإنِ اختصَما قبلَ أن يَعْمَلَ فإن القاضيَ يَفْسَخُ العقدَ بينَهُما، وإنِ استعملَه قبلَ الفَسْخِ؛ يتعَيَّنُ أوَّلُ الراكبِ وأوَّلُ اللابِسِ، فكذلك إذا طبَخَ في القِدْرِ، أوْ زرعَ في الأرضِ؛ يتَعَيَّنُ الأوَّلُ، وجازَتِ الإِجَارَةُ، ويَجِبُ الأجرُ المُسمَّىٰ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُه ﷺ.

قولُه: (مَا يَزْرَعُ فِيهَا)، وهو مذكورٌ مرَّتَيْنِ: الأوَّلُ: علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للفاعلِ، والثاني علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ.

قولُه: (لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا)، أراد بغيرِ الزِّرَاعَةِ: البناءَ، والغَرْسَ، وطبْخَ الآجُرِّ والخَزَفِ، ونحوِ ذلك مِن سائرِ الانتفاعِ بالأرضِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٩].

قال: ويَجُوزُ أنْ يَسْتأْجِرَ السَّاحة لِيَبْنِي فِيها، أوْ ليغْرِس فيها نخْلًا أوْ شجرًا؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعةٌ تُقْصَدُ بِالأَرَاضِي.

ثُمَّ إذَا انْقَضتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسْلِّمَهَا فارغةً؛

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةَ لِيَبْنِيَ فِيهَا، أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا أوْ شَجَرًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[١]، وذلكَ لأنَّها مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ، يُمْكِنُ استيفاؤُها مِنَ الأرضِ، فجازَ العقدُ عليها كَالسُّكْنَىٰ.

والسَّاحَةُ ـ بالحاءِ المهملةِ ـ: هيَ الأرضُ الخاليةُ مِنَ البناءِ والشجرِ.

قولُه: (ثُمَّ إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ؛ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسْلِّمَهَا فَارِغَةً)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ[٢] أيضًا.

وقالَ في آخرِ كتابِ الْإِجَارَةِ مِنَ «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: إذا مضتِ الْإِجَارَةُ وقدْ جعلَ في الأرضِ رَطبةً؛ قُلِعَتِ الرطبةُ»[٣]، وذلكَ لأنَّه ليسَ لها نهايةٌ مَعْلُومَةٌ، فلوْ لم تُقْلَعِ الرَّطبةُ أوِ البناءُ والغَرْسُ؛ بَطَلَ حقُّ صاحبِ الأرضِ، فوَجَبَ ردُّها فارغةً، كما إذا استأجَرها للسُّكْنَىٰ، بخلافِ ما إذا انقضَتْ مدةُ الْإِجَارَةِ وفي الأرضِ زرْعٌ لم يُدْرِكْ، حيثُ يُتْرَكُ بأَجْرِ المِثْلِ إلىٰ أنْ يُدْرِكَ، وإذا ماتَ أحدُ المتعاقِدَيْنِ قبْلَ انقضاءِ المدةِ يُتْرَكُ الزرعُ بالأَجْرِ المُسمَّىٰ.

قالَ صاحبُ «الأجناسِ» ـ ناقِلًا عنْ كتابِ «المزارعةِ»[٤] ـ: «وإنْ ماتَ ربُّ الأرضِ وفي الأرضِ زرْعٌ قبلَ انقضاءِ المدةِ؛ يُتْرَكُ بحسابِ المُسمَّىٰ إلىٰ وَقْتِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٢].
(٤) وقع بالأصل: «الزراعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّهُ لا نِهَايَةَ لَهَا فَفِي إِبْقَائِهِمَا إِضْرَارًا بِصَاحِبِ الأَرْضِ، بِخِلافِ مَا إِذَا انْقَضَتْ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ المِثْلِ إِلَىٰ زَمَانِ الإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّ لَهَا[1] نِهَايَةً مَعْلُومَةً [١١٥/و] فَأَمْكَنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ.

غاية البيان

إدراكِ الغَلَّةِ، وبمِثْلِه [٦/٣٠٧و/م] لو انقضَتِ المدةُ يُتْرَكُ بأجْرِ مِثْلِها، وفرق بينهما: بأنَّه بانتهاءِ مدةِ الإِجَارَةِ لَمْ يَبْقَ حُكْمُ ما تراضَيَا مِنَ المدةِ.

أَلَا ترىٰ أنَّه بانقضاءِ المدةِ ارتفعَتْ هيَ، فاحْتِيجَ إلىٰ تسميةٍ جديدةٍ، ولا كذلكَ قبلَ انقضاءِ المدةِ؛ لأنَّه بقِيَ بعضُ المدةِ التي سمَّيَاها، فلَمْ يُرْفَعْ حُكْمُها، فاسْتُغْنِيَ عنْ تسميةٍ جديدةٍ»[2].

وقالَ في **«شرحِ الأقطعِ»**[3]: وقدْ قالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ في هذه المسألةِ[4]: إنَّه إذا شَرَطَ في العقْدِ قلْعَه بعدَ انقضاء المدةِ؛ فله المطالبةُ بالقَلْعِ، وإنْ أطلقَ العقدَ فالمؤْجِرُ بالخيارِ: إنْ شاءَ طالَبَه بالقَلْعِ وضَمِنَ له النُّقْصَانَ الذي يحْصُلُ بالقَلْعِ، وإنْ شاءَ أعطاه القِيمَةَ وملَكَ الغَرْسَ، وإنْ شاءَ ترَكَه بأجْرِ المِثْلِ، كما إذا انقضَتِ المدةُ وفي الأرضِ زَرْعٌ.

جوابُه: أنَّ القلعَ يَجِبُ في الزرعِ أيضًا كما في الغَرْسِ، إلَّا أنَّ الزرعَ له نهايةٌ مَعْلُومَةٌ وقْتُها قريبٌ، فكمَّلْنا مَنْفَعَةَ الزرعِ إلىٰ الإدراكِ بالأجْرِ رعايةً للحَقَّيْنِ، والغَرْسُ ليسَ لهُ نهايةٌ مَعْلُومَةٌ يُنْتَظرُ قلْعُه فيها، فكانَ في تبْقِيتِه إبطالُ حقِّ صاحبِ الأرضِ، فلذلكَ وجَبَ قَلْعُه للحالِ، فظَهَر الفرقُ.

---

(١) في حاشية الأصل: «خ، أصح: لَهُ».

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٣٦/٢ - ١٣٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٤].

(٤) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [١٧٨/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٨٥/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٥٩/٢].

قَالَ: إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صاحبُ الأرضِ أَنْ يغْرمَ لهُ قِيمة ذَلِك مقْلوعًا ويتملَّكهُ، وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ يُنْقَصَ الأَرْضَ بِقَلْعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ.

غاية البيان

وإنَّما قلْنا: إنَّ فيه رعايةَ الحَقَّيْنِ؛ لأنَّه لوْ قُلِعَ الزرعُ للحالِ يَتضَرَّرُ المُسْتَأْجِرُ، ولوْ تُرِكَ إلىٰ الإدراكِ بلَا أجْرٍ؛ يَتَضرَّرُ صاحبُ الأرضِ، فكانَ في تبْقِيتِه بالأجرِ رعايةُ الحَقَّيْنِ لَا محالةَ، ونظيرُ مسألةِ الزرعِ في الغَرْسِ: أنْ تَنْقَضِيَ المدةُ وفي الغَرْسِ ثمرٌ لمْ يُدْرِكْ أنَّه يُبَقَّىٰ الغَرْسُ بأجْرِ المِثْلِ إلىٰ حينِ إدراكِها.

قولُه: ([قَالَ][1]: إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صاحبُ الأرضِ أَنْ يَغْرَمَ لهُ قِيمَةَ ذلكَ مَقْلُوعًا وَيتَمَلَّكَهُ)، أي: قالَ القُدُوريُّ رحمه الله في «مختصرِه»[2]، وهذا استثناءٌ مِن قولِه: (لَزِمَهُ [٢/٤٩٤و] أَنْ يَقْلَعَ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ).

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: (وَهَذَا بِرِضَا صَاحِبِ الْغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ تَنْقُصَ الْأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا؛ فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ)، يَعْنِي: إذا اختارَ صاحبُ الأرضِ غرامةَ قِيمَةِ البناءِ والشجرِ؛ لهُ ذلكَ، ولكنْ برضا صاحبِ البناءِ والغَرْسِ، لَا جَبْرًا، إلَّا إذا كانَ في القلعِ نقصانٌ بالأرضِ؛ فحينئذٍ يتملَّكُهما صاحبُ الأرضِ بقيمتِهما مقلوعَيْنِ بلَا رضا صاحبِ الغَرْسِ والشجرِ، وذلكَ لأنَّ الغَرْسَ تبعٌ للأرضِ.

ألَا ترىٰ أنَّه يَدْخُلُ في البَيْعِ مِنْ غيرِ ذِكْرٍ وتسْميةٍ، وفي قَلْعِهِ ضررٌ بالأرضِ، فوقَفَ القلعُ علىٰ اختيارِ صاحبِ الأرضِ: إنْ شاءَ قلَعَ، وإنْ شاءَ ترَكَه، فيَلْزَمُه قِيمَةُ ذلكَ؛ لأنَّه عينُ مالٍ متَّصلٍ بمِلْكِه، فإذا لَمْ يُسَلِّمْه وجَبَ عليه قيمتُه، ولكنْ مقلوعًا؛ لأنَّه واجبُ القلعِ، فأُنْزِل مقلوعًا.

والغَرْسُ: يُرْوَىٰ بالفتحِ والكسرِ جميعًا [٦/٣٠٧ظ/م]، والثاني ظاهرٌ، والأولُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠١].

قَالَ: أَوْ يَرْضَىٰ بِتَرْكِهِ عَلَىٰ حَالِهِ، فَيَكُونَ الْبِنَاءُ لِهَذَا، وَالْأَرْضُ لِهَذَا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَلَّا يَسْتَوْفِيَهُ.

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَإِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ، وَفِي الأَرْضِ رَطْبَةٌ فَإِنَّهَا تُقْلَعُ؛ لِأَنَّ الرِّطَابَ لَا نِهَايَةَ لَهَا فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ.

قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ

غاية البيان

علىٰ إرادةِ المفعولِ مِنَ المصدرِ.

قولُه: (قَالَ: أَوْ يَرْضَىٰ بِتَرْكِهِ عَلَىٰ حَالِهِ، فَيَكُونَ الْبِنَاءُ لِهَذَا، وَالْأَرْضُ لِهَذَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1]، يَعْنِي: إذا رَضِيَ صاحبُ الأرضِ تركَ البناءَ والغَرْسَ كما كانَ؛ فحينئذٍ يُتْرَكُ كذلكَ، ويكونُ البناءُ والغَرْسُ لصاحبِ البناءِ والغَرْسِ، والأرضُ لصاحبِ الأرضِ، وذلكَ لأنَّ الأرضَ تَصِيرُ عَارِيَّةً في يدِه، وذلكَ جائزٌ.

ولهما أنْ يُؤَاجِرَاهما مِنْ أجنبيٍّ، فإنْ فعَلَا فلهما أنْ يَقْسِما الأجرَ علىٰ قِيمَةِ الأرضِ مِنْ غيرِ بناءٍ، وعلىٰ قِيمَةِ البناءِ مِن غيرِ أرضٍ، فيَأْخُذُ كُلُّ واحدٍ منهما حِصَّةَ ذلكَ[2]. كذا في «شرحِ الأقطعِ».

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[3]، وذلكَ لِمَا رَوَىٰ الواحِدِيُّ في كتابِ «أسبابِ نزولِ القرآنِ»[4]: بإسنادِه إلىٰ الْعَلَاءِ بنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ التَّيْمِيِّ قَالَ: «سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ فَقُلْتُ:

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٤].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].
(٤) ينظر: «أسباب نزول القرآن» للواحدي [ص/٦٢].

مَعْهُودَة فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوب؛ جاز لهُ أنْ يُرْكِب منْ شاءَ عَمَلًا بالإطْلَاقِ. وَلَكِن إِذَا رَكِبَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَرْكَبَ وَاحِدًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ

غاية البيان

إِنَّا قَوْمٌ نُكْرَىٰ فِي هَذَا الْوَجْهِ، وَإِنَّ قَوْمًا يَزْعُمُونَ أَنَّه لَا حَجَّ لَنَا. قَالَ: أَلَسْتُمْ تُلَبُّونَ، أَلَسْتُمْ تَطُوفُونَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ؟ أَلَسْتُمْ أَلَسْتُمْ؟ قَالَ: بَلَىٰ، قَالَ: إِنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ عَمَّا سَأَلْتَ عَنْهُ، فَلَمْ يَدْرِ مَا يَرُدُّ عَلَيْهِ حَتَّىٰ نَزَلَتْ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]. فَدَعَاهُ فَتَلَا عَلَيْهِ حِينَ نَزَلَتْ، فَقَالَ: أَنْتُمُ الْحُجَّاجُ»(١).

فدلَّ الحديثُ: أنَّ استئجارَ الدوابِّ جائزٌ، ولأنَّ الْإِجَارَةَ وردَتْ علىٰ محلٍّ مُنْتَفعٍ بهِ لتملُّكِ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ تَصِير مَعْلُومَةً بالتقديرِ بزمانٍ، أوْ مكانٍ، وقدْ قدَّرَها بالانتفاعِ فجازَ.

قولُه: (فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ؛ جَازَ لهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»(٢).

اعلمْ أوّلًا: أنَّه إذا استأجَر دَابَّةً للرُّكُوبِ مطلقًا، ولم يُسَمِّ مَنْ يَرْكَبُه؛ لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ، وكذا إذا استأجَرَ ثوبًا باللُّبْسِ، ولمْ يُبَيِّنْ مَنْ يَلْبسُه، وكذا إذا استأجَرَ قِدْرًا للطبْخِ، ولم يُسَمِّ ما يُطْبَخُ فيها، وكذا إذا استأجَرَ أرضًا لِلزِّرَاعَةِ، ولم يُسَمِّ ما يُزْرَعُ فيها، وقد رُوِّيْنَا ذلكَ عنْ «شرح الطَّحَاوِيّ»، عندَ بيانِ قولِه: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ لِلزِّرَاعَةِ).

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب المناسك/ باب الكري [رقم/١٧٣٣]، وأحمد في «المسند» [٢/١٥٥]، والدارقطني في «سننه» [٢/٢٩٢]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [١/٦١٨]، وعنه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٤/٣٣٣]، من طريق أَبِي أُمَامَةَ التَّيْمِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ ابْنَ عُمَرَ ﵄ به.
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].

الأَصْلِ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَصَّ عَلَىٰ رُكُوبِهِ وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلُّبْسِ وَأَطْلَقَ فِيمَا ذَكَرْنَا لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي اللُّبْسِ.

غاية البيان

فَبَعْد ذلكَ إنْ قالَ قائلٌ: كيفَ قالَ القُدُورِيُّ هنا: «فإنْ أطلقَ الرُّكُوبَ جاز لهُ أنْ يُرْكِبَ مَنْ شاءَ».

قُلْتُ: المرادُ مِنَ الإطلاقِ التعميمُ في الْإِجَارَةِ بدونِ التقييدِ بركوبِ شخصٍ بعَيْنِه، بأنْ قالَ: آجَرْتُكها علىٰ أنْ تُرْكِبَ مَنْ شِئْتَ.

ولهذا قالَ في [٣٠٨/٦و/م] «شرحِ الأقطعِ»(١): «وهذا الذي ذكرَه إنَّما يُرِيدُ بهِ إذا وقَع العقدُ علىٰ أنْ يُرْكِبَ مَنْ شاءَ، وذلكَ لأنَّه إذا أطلقَ الرُّكُوبَ، فعَقْدُ الْإِجارَةِ فاسدٌ؛ لأنَّ الرُّكُوبَ يَخْتَلِفُ اختلافًا كثيرًا، فصارَ [٤٩٤/٢ظ] الركوبانِ مِنْ شخصيْنِ كالجنسَيْنِ، فيَكُونُ المعقودُ(٢) عليه مجهولًا، فلا يَصِحُّ العقدُ.

فإنْ [قالَ](٣): تُركِبُ مَنْ شِئْتَ؛ صحَّ العقدُ وإنْ لم يُسَمِّ شخصًا بعَيْنِه؛ لأنَّه إنَّما منَعْنَا(٤) مِنْ صحتِه لِمَا لَحِقَ المالكَ؛ للضررِ الذي يحْصُلُ في بعضِ الرُّكُوبِ، فإذا رَضِيَ بهِ صارَ المعقودُ عليه معلومًا فجازَ، كما في الأرضِ إذا قالَ: علىٰ أنْ يزرعَ فيها ما شاءَ، ثُمَّ إذا فسدتِ الْإِجَارَةُ في إطلاقِ الرُّكُوبِ، واستعمَلَها قبْلَ الفَسْخِ؛ يَتَعَيَّنُ أولُ الراكبِ، وكذا في الثوبِ ونحوِه، وقدْ مَرَّ ذلكَ قبْلَ هذا.

ثُمَّ فيما إذا أطلقَ الرُّكُوبَ وقالَ: علىٰ أنْ تُركِبَ مَنْ شِئْتَ إذا رَكِب هوَ، أوْ أرْكَبَها غيرَه؛ ليسَ لأحدٍ أنْ يركبَها بعْدَ ذلكَ؛ لأنَّ الناسَ مُتفاوِتُون في الرُّكُوبِ، فلَمَّا تعيَّن أولُ راكبٍ ليسَ لغيرِه أنْ يَرْكَبَها.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٥].
(٢) وقع بالأصل: «العقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) وقع بالأصل: «معناه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِنْ قَالَ: عَلَىٰ أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ، أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ، أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ، فَعَطِبَ؛ كَانَ ضَامِنًا؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ.

وكذا إذا قالَ: آجرتُكَ هذا الثوبَ لتُلْبِسَها مَنْ شِئْتَ، فإذا لَبِسَ هوَ أوْ أَلْبَسه غيرَه؛ يتَعَيَّنُ مرادًا، فليسَ لغيرِه أنْ يَلْبسَه بعْدَ ذلكَ؛ لأنَّ الأوَّلَ صارَ كأنَّهُ نصَّ عليه مِنَ الأصلِ».

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: عَلَىٰ أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ، أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ، فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ. أوِ أَلبَسَه غَيْرَهُ، فَعَطِبَ؛ كانَ ضَامِنًا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1]، وذلكَ لأنَّ الرُّكُوبَ يتفاوَتُ تفاوُتًا فاحشًا؛ لأنَّ الناسَ يتفاوَتونَ في العِلْمِ بِالرُّكُوبِ، فرُبَّ نحيفٍ يَكُونُ ركوبُه أضرَّ علىٰ الدَّابَّةِ لجَهْلِه، ورُبَّ ثقيلٍ لَا يُضِرُّ ركوبُه بالدَّابَّةَ لعِلْمِه، فإنْ أركبَها غيرَه كانَ ضامنًا؛ لأنَّ الرُّكُوبَ لَمَّا كانَ مختلفًا باختلافِ المسْتعملِ؛ صارَ كالجنسَيْنِ.

فلوِ استأجرَها لجنسٍ مِنَ المَنْفَعَةِ واستوفَىٰ غيرَها؛ كانَ غاصبًا ضامِنًا، فكذلكَ هذا، فيَضْمَنُ ولا أجْرَ عليه؛ لأنَّ الأجرَ معَ الضَّمَانِ لَا يجتمعانِ.

وكذا اللُّبْسُ يَخْتَلِفُ باختلافِ المسْتَعملِ، فإذا لَبِسَه غيرُه كانَ ضامنًا إذا عَطِبَ، وإنْ سَلِمَ لم يَجِبِ الأُجرةُ أيضًا، وفي الحانوتِ ليسَ لهُ أنْ يُقْعِدَ فيه القَصَّارَ والحَدَّادَ والطَّحَّانَ، ولوْ أقعدَ صارَ مخالفًا، ويَضْمَنُ قيمتَه إذا عَطِبَ، وإنْ سَلِمَ تَجِبُ الأُجرةُ؛ لأنَّه لَمَّا سَلِمَ يُبيِّن أنَّه لمْ يُخَالِفْ، وأنَّه ممَّا لَا يُوهِنُ الدارَ، ولا يُشْبِهُ الدَّابَّةَ والثوبَ[2]. كذا في «شرح [٣٠٨/٦ظ/م] الطَّحَاوِيِّ».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٨٩].

وَكذَلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ باخْتِلافِ الْمُسْتَعْمِلِ لِمَا ذَكَرْنا. فَأَمَّا الْعقارُ ومَا لَا يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إذَا شَرطَ سُكْنَىٰ وَاحِدٍ؛ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيد غَيْرَ مُفِيْد لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ وَالذِي يَضُرُّ بِالبِنَاءِ، وَالَّذِي يُضِرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَكذلكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1]، يَعْنِي: إذا عَيَّنَ في عَقْدِ الْإِجَارَةِ استعمالَ شخصٍ بعَيْنِه؛ لَا يَجُوزُ لغيرِه أنْ يستعْمِلَه؛ لاختلافٍ في الاستعمالِ بحسبِ اختلافِ المستعملِ، فيلْزَمُ الضَّمَانُ باستعمالِ الغيرِ.

قولُه: (فَأَمَّا الْعَقارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إذَا شَرطَ سُكْنَىٰ وَاحِدٍ؛ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[2]، يَعْنِي: إذا استأجَرَ دارًا، أو حانوتًا ليسْكُنَ هوَ؛ فله أنْ يُسْكِنَ غيرَه، إلَّا أنَّه لَا يُسْكِنُ حدَّادًا ولَا قصَّارًا ولَا طحَّانًا، وذلكَ لأنَّ مَنْفَعَةَ السُّكْنَىٰ إذا لمْ تَخْتَلِف كانَ بمنزلةِ جنسٍ واحدٍ، فالإذْنُ في استيفائِها إذْنٌ في اسْتِيفَاءِ مِثْلِها، أَلَا ترىٰ أنَّه لوِ استأجَرَ دَابَّةً ليحْمِلَ عليها هذا الطعامَ، فحَمَل عليها مِثْلَها جازَ، فكذا هاهنا.

قولُه: (وَالَّذِي يُضِرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ)، أي: الذي فيه ضررٌ بالبناءِ كَالحِدَادَةِ، والقِصَارَةِ، والطِّحَانَةِ؛ خارجٌ عن مُطْلَقِ قوله: (فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ)، يَعْنِي: ليسَ لهُ أنْ يُسْكِنَ حدَّادًا ولا قصَّارًا ولا طحَّانًا بمجردِ استئجارِ الدارِ أوِ الحانوتِ للسُّكْنَىٰ، إلَّا إذا نصَّ علىٰ ذلكَ، فحينئذٍ يَكُونُ لهُ ذلكَ.

وقولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ)، إشارةٌ إلىٰ الاستثناءِ المذكورِ في أوَّلِ البابِ بقولِه:

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠١].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/١٠٢].

قال: وإنْ سمّى نوعًا وقدْرًا يحمِلُهُ على الدّابّة، مثْل أنْ يقول: خمْسةُ أقْفزة حنْطةٍ؛ فلهُ أنْ يحْمِل ما هُو مثْلُ الْحِنْطة في الضّرر، أوْ أقلَّ، كالشّعير والسّمْسم؛

﴿ غاية البيان ﴾

(إلَّا أنَّه لَا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا؛ لأنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا؛ لأنَّه يُوهِنُ الْبِنَاءَ).

قولُه [٢/٤٩٥و]: (قَالَ: وَإِنْ سَمَّىٰ نَوْعًا وَقَدْرًا يَحْمِلُهُ عَلَىٰ الدَّابَّةِ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: خَمْسَةُ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الْحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ، أَوْ أَقَلَّ، كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1].

قال بعضُهم: فيه لَفٌّ ونَشْرٌ، يُرْفَعُ قولُه: (كَالشَّعِيرِ)، إلىٰ قولِه: (مِثْلُ الْحِنْطَةِ)، في الضررِ، ويُرْفَعُ قولُه: (وَالسِّمْسِمِ)، إلىٰ قولِه: (أَقَلَّ).

وليسَ ذلكَ بشيءٍ؛ لأنَّ الشَّعِيرَ ليسَ مِثْل الحِنْطَةِ بلْ أخَفُّ منها، ولهذا لو شرَطَ أنْ يحملَ عليها مئةَ رطلٍ مِنَ الشَّعِيرِ، فحمَلَ عليها مئةَ رطلٍ مِنَ الحِنْطَةِ، ضَمِنَ إذا عَطِبَتْ، فلوْ كانَ مِثْلًا لها لمْ يَضْمَنْ، كما لوْ شرطَ أنْ يَحْمِلَ عليها حِنْطَةَ زيدٍ، فحملَ عليها حِنْطَةَ عمرٍو بذلكَ الكيلِ لم يَضْمَنْ، بلْ قولُه: (كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ). جميعًا نظير قولِه: (أَقَلَّ).

والأصلُ هنا: ما ذكرَه القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: أنَّ مَنِ استحقَّ مَنْفَعَةً مقدَّرةً بالعقدِ، فاستوفَىٰ تلكَ المَنْفَعَةَ، أوْ مِثْلَها، أوْ أقلَّ منها جازَ، وإنِ اسْتَوْفَىٰ أكثرَ منها لَمْ يَجُزْ، وذلكَ لأنَّ التعيينَ في [٣٠٩/٦و/م] العقودِ يَجِبُ حُكْمُه إذا كانَ لهُ فيه فائدةٌ، وإذا لَمْ يَكُنْ لهُ فيه فائدةٌ سَقَطَ التعيينُ.

أَلَا ترىٰ أنَّه لوِ استأجَرَها ليحْمِلَ عليها قفيزًا مِنْ حِنْطَةِ زيدٍ، فحمَلَ عليها قفيزًا مِنْ حِنْطَةِ عمرٍو، وهما متساوِيان في الصفةِ جازَ؛ لأنَّ الضررَ علىٰ الدَّابَّةِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

لِأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا مِنَ الأَوَّلِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنَ الحِنْطَةِ كَالْمَلْحِ وَالحَدِيْدِ، لِانْعِدَامِ الرِّضَا فِيْهِ ....

﴿ غاية البيان ﴾

واحدٌ، فإذا استأجرَها ليَحْمِلَ عليها حِنْطَةً، فحمَل عليها مَكِيلًا آخرَ، ثِقَلُه كثِقَلِ الحِنْطَةِ، وضررُه كضررِها جازَ؛ لأنَّه استوفىٰ مثلَ ما سَمَّاه.

وكذلكَ مَنِ استأجَرَ أرضًا ليزرَعَ فيها نوعًا سَمَّاه، فزرَعَ غيرَه، وهما متساويانِ في الضررِ بالأرضِ، فإنِ استأجرَها ليَحْمِلَ عليها قفيزًا مِنْ حِنْطَةٍ، فحمَلَ عليها قفيزًا مِنْ شعيرٍ جازَ؛ لأنَّ ضررَ الشَّعِيرِ أقلُّ لخِفَّتِه، فقدِ اسْتَوْفَىٰ أقلَّ ممَّا شرطَ.

وعلىٰ هذا إذا استأجَرَ أرضًا ليَزْرَعَ فيها نوعًا، فزرَعَ نوعًا آخرَ ضررُه أقلُّ مِنَ المُسمَّىٰ، فإنِ استأجَرَها ليحْمِلَ عليها قفيزًا مِنْ شعيرٍ، فحمَلَ قفيرًا مِنْ حِنْطَةٍ ضَمِنَ؛ لأنَّه أكثرُ ممَّا شرَطَه، واستحقاقُ المَنْفَعَةِ استحقاقٌ لِمَا دونَها، وليسَ باستحقاقٍ لِمَا زادَ عليها.

وأمَّا ما تَخْتَلِفُ منفعتُه لَا للثقَلِ، كمَنِ استأجَرَ دَابَّةً ليَحْمِلَ عليها مئةَ مَنٍّ مِنْ قُطْنٍ، فحملَ عليها مِثْلَ وَزْنِه حديدًا، أوْ أقلَّ؛ ضَمِنَ؛ لأنَّ الضررَ هاهنا ليسَ للثِّقَلِ[1]، لكنْ للجنسِ.

أَلَا ترىٰ أنَّ القُطْنَ يَنْبَسِطُ علىٰ ظهْرِها، والحَدِيدُ يَجْتَمِعُ في مكانٍ واحدٍ، وعلىٰ هذا إذا استأجَرها ليَرْكَبَها، فرَكِبها مَنْ هوَ مِثْلُه في الثِّقَلِ، أو أخَفُّ؛ ضَمِنَ؛ لأنَّ اختلافَ الرُّكُوبِ ليسَ هوَ بالثِّقَلِ، وإنَّما هو بالحِذْقِ في الرُّكُوبِ.

أَلَا ترىٰ أنَّ الثقيلَ البدنِ الذي يُحْسِنُ الرُّكُوبَ لَا يُضِرُّ بالدَّابَّةِ، والخفيفُ الذي لَا يُحْسِنُ يُضِرُّ بها[2]. كذا ذكَر القُدُورِيُّ ﵀ في «شرْحِه».

(١) لأنهما في الثِّقَل سواء. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٤].

وإنِ استأجرها لِيَحمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَّاهُ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرَّ بِالدَّابَّةِ فَإِنَّ الحَدِيْدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ ظَهْرِهِ وَالقُطْنُ يَنْبَسِطُ عَلَى ظَهْرِهِ.

غاية البيان

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإذا سَمَّى ما يَحْمِلُ عليها، فحَمَلَ عليها غيرَه ممَّا هوَ أخَفُّ منه؛ لمْ يَضْمَنْ؛ لأنَّه خالَفَ إلى خيرٍ، فيَجِبُ الأجْرُ، وإنْ كانَ أثقلَ منه فهوَ ضامنٌ؛ لأنَّه أضرَّ على الدَّابَّةِ.

فلَمْ يَكُنْ في معنى ما ورَدَ العقدُ عليه، ولا آجرَ عليه؛ لأنَّه لَا يُجَامِعُ الضَّمَانَ، نحوَ أنْ يستأجرَها لِيَحْمِلَ عليها كذا مِنَ الشَّعِيرِ، فحمَلَ عليها مِثْلَه مِنَ الحِنْطَةِ، فإنِ استأجَرَها لِيَحْمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيم حِنْطَةٍ لهُ؛ فله أنْ يَحمِلَ عليها مِثْلَه مِنْ حِنْطَةِ غيرِه؛ لأنَّ هذا لَا يتفاوَتُ في حقِّ الحمْلِ، فلَا يَتَولَّدُ منهُ ضررٌ على الدَّابَّةِ، فكانَ لهُ ذلكَ».

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحملَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَّاهُ؛ فَلَيْسَ لهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا [٣٠٩/٦ظ/م] مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[١]، وذلكَ لَا باعتبارِ الثِّقَلِ؛ لأنَّ مئةَ مَنٍّ مِنَ الحَدِيدِ ليسَ بأثقلَ مِن مئةِ مَنٍّ مِنَ القُطْنِ، بلْ باعتبارِ أنَّ هذا الجنسَ أضرُّ [٤٩٥/٢ظ] على الدَّابَّةِ مِنْ ذلكَ الجنسِ؛ لأنَّ الحَدِيدَ يُضِرُّ بالدَّابَّةِ لصلابتِه وخُشونتِه، وليسَ كذلكَ القُطْنُ، ولأنَّ القُطْنَ يَنْبَسِطُ على ظَهْرِ الدَّابَّةِ، والحَدِيدُ يَجْتَمِعُ في مكانٍ واحدٍ، ولمْ يُؤْذَنْ لهُ في ذلكَ، ولا يَسْتَحِقُّهُ بالعقدِ، وإنْ حملَ الحَدِيدَ ضَمِنَ، ولا أجرَ عليه؛ لأنَّه لمْ يَسْتَوْفِ المَنْفَعَةَ المعقودَ عليها، واسْتِيفَاءُ ما لمْ يَقَعْ عليه العقدُ غصْبٌ، فوَجَبَ الضَّمَانُ، ولا أجْرَ عليه؛ لأنَّهما لَا يجتمعانِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

قَالَ: وَإِن اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا، فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِن نصْف قِيمَتِهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ [١١٥/ظ] بِالثِّقَلِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْقِرُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الخَفِيفِ وَيَخِفُّ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلْمِهِ بِالفُرُوسِيَّةِ، ....

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِن اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا، فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالثِّقَلِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[١]، وذلكَ لأنَّ الدَّابَّةَ لَا تَتْلَفُ بالثِّقَلِ، بلْ بالجهلِ بِالرُّكُوبِ، فرُبَّ سمينٍ ثقِيلِ الجثةِ إذا كانَ يُحْسِنُ الرُّكُوبَ كانَ أخفَّ على الدَّابَّةِ مِنَ الرَّجُلِ النحيفِ الخفيفِ[٢] الذي لَا يُحْسِنُ الرُّكُوبَ.

فصارَ تلَفُها بركوبِها كتلَفِها بجراحتِهما، فيُعْتَبرُ عددُ الراكبِ، ولا يُعْتَبرُ الثِّقَلُ والخِفَّةُ، كما لَا يُعْتَبرُ في الجراحةِ كثرتُها وقِلَّتُها، بلْ يُعْتَبرُ عددُ الجُنَاةِ، حتى إذا جرحَ أحدُهما جراحةً [واحدةً][٣]، والآخرُ سبعَ جراحاتٍ؛ كانَ الضَّمَانُ عليهما أنصافًا، ولأنَّ الآدَمِيَّ لَا يُوزَنُ بِالقَبَّانِ، فلا يُعْتَبر الثِّقَلُ، فكانَ الاعتبارُ لعددِ الراكبِ، إلَّا أنَّ رُكُوبَ أحدِهما مأذونٌ فيه، ورُكُوبُ الآخرِ ليسَ مأذونًا فيه، فيَضْمَنُ النِّصفَ.

قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «وهذا إذا كانَتِ الدَّابَّةُ يُمْكِنُ أنْ يَرْكَبَها اثنانِ، وإنْ كانَ لَا يُمْكِنُ فعليه جميعُ قِيمتِها؛ لأنَّه تعمَّدَ إتلافَها»[٤].

وقالَ في «الذخيرةِ»: «للمالكِ الخيار في التضمين: إن شاءَ ضمَّنَ المُسْتَأْجرَ، وإنْ شاءَ ضمَّنَ ذلكَ الغير، فإنْ ضمَّنَ المُسْتَأْجر لَا يَرْجِعُ على ذلكَ الغيرِ أصلًا،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].
(٢) وقع بالأصل: «الرجل التخفيف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٤].

....

وإنْ ضمنَ ذلكَ الغيرَ رجَعَ على المُسْتَأْجِرِ إنْ كانَ استأجَرَ منه، وإنْ كانَ استعارها منه فلَا».

وقالَ في «شرحِ الكافي»: «ولوْ ركبَ هوَ وحملَ معه آخرَ فسَلمَتْ؛ فعليه الكِرَاءُ كلُّه؛ لأنَّه وجَبَ في مقابلةِ الانتفاعِ بالدَّابَّةِ، وقدْ حَصَلَ، وبإردافِ غيرِه لَا يَصِيرُ تارِكًا للانتفاعِ بها، فإنْ عَطِبَتْ بعدَ بلوغِها ذلكَ المكانِ مِنْ ذلكَ الرُّكُوبِ؛ فعليه الأجرُ كلُّه؛ لِمَا بَيَّنَّا أنَّه وجَبَ مقابلًا بالمنافعِ، وقدْ حَصَلَتْ مُستوفاةً، وعليه نصفُ القِيمَةِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ومحمدٍ ﵃؛ لأنَّه متعَدٍّ في حقِّ إركابِ [٦ ٣١٠و/م] غيرِه، لَا في حقِّ إركابِ نفسه، فيَجِبُ عليه نصفُ الضَّمَانِ؛ لاتصافِ أحدِ الفعلَيْنِ بكونِه مُتعدِّيًا.

سَوَّىٰ هاهنا في الضَّمَانِ بينَ الرَّجُليْنِ، ولمْ يعْتَبِرْ تفاوتَهما مِنْ حيثُ الثِّقَلُ والخِفَّةُ، واعتبرَ ذلكَ في الحِمْلِ.

والفرقُ بينهما: أنَّ التلفَ هناك حَصَلَ بالثِّقَلِ، وأنَّه متفاوتٌ، فيَتَفَاوَتُ الضَّمَانُ.

أمَّا هاهنا: فالتلفُ ما حَصَلَ بالثِّقَلِ، بلْ بجهالةٍ بِالرُّكُوبِ، فيَتَعَذَّرُ تعليقُ الحُكْمِ بالثِّقَلِ، وعلَّقْناه بأصْلِ الرُّكُوبِ، وكلاهما يستويانِ فيه.

علَّلَ في الكتابِ وقالَ: ليسَ الرجالُ يُوزَنُ بِالقَبَّانِ(١)، وهذا إذا أردفَه حتىٰ صارَ الأجنبيُّ كالتابعِ له، فأمَّا إذا أقعدَه في السَّرْجِ؛ صارَ غاصبًا ولم يَجِبْ عليه شيءٌ مِنَ الأجرِ؛ لأنَّه رفعَ يدَه عنِ الدَّابَّة، وأوقَعها في يدِ متعدِّيةٍ، فصارَ غاصبًا ضامنًا، والأجرُ لَا يُجامعُ الضَّمَانَ». إلىٰ هنا لفْظُ شيخِ الإسلامِ علاء الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيِّ في «شرحِ الكافي».

(١) القَبَّانُ: الميزانُ ذو الذِّرَاع الطويلة المُقَسَّمة أقسامًا، يُنقَلُ عليها جِسْمٌ ثقيل يُسَمَّىٰ الرُّمَّانة، لتعيِّنَ وَزْنَ ما يُوزَن. وقد تقدم التعريف بذلك.

....

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» [٤٩٦/٢و] و«التتمةِ»: «استأجَر دَابَّةً ليركبَها، فركِبَها وأردَفَ غيرَه، فعَطِبَتْ؛ يَضْمَنُ قِيمَةَ نصفِ الدَّابَّةِ».

ثُمَّ قالَ فيها: «قالَ شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ في بابِ النفقةِ علىٰ ذي الرَّحِمِ المَحْرَمِ: وهذا إذا أردف مِثْلَه، أمَّا إذا أردفَ صبيًّا؛ يَضْمَنُ بقَدْرِ ثِقَلِه، يُحْفَظُ هذا جدًّا»(١).

وفي «تجريدِ القُدُورِيِّ»: «استأجرَ دَابَّةً ليركبَها، فأركبَ غيرَه مع نفسِه، ضَمِنَ النصفَ سواءٌ كانَ أخفَّ أو أثقلَ، هذا إذا كانَتِ الدَّابَّةُ يُمْكِنُ أنْ يركبَها اثنانِ، فإنْ كانَ لَا يُمْكِنُ؛ فهوَ إتلافٌ يَجِبُ ضَمَانُ الجميعِ، ولا أجْرَ عليه، وليسَ هذا اختلافُ الروايةِ، بلْ روايةُ القُدُورِيِّ في الإركابِ(٢).

والصغيرُ الذي ذكرَه شمسُ الأئمةِ أرادَ به: الذي لَا يسْتَمْسِكُ نفْسَه، ومِثْله بمنزلةِ الحِمْل»(٣). كذا في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التتمةِ».

وقالَ فيها أيضًا: «استأجرَ دَابَّةً ليركبَها إلىٰ مكانٍ معلومٍ، فركبَ وحملَ مع نفْسِه حمْلًا؛ يَضْمَنُ قَدْرَ الزيادةِ إنْ عَطِبَتِ الدَّابَّةُ، نصَّ في الكتابِ: وليسَ تفسيرُ ذلكَ أنَّ الرَّجُلَ يُوزَنُ، ويُوزَنُ الحِمْلُ لتُعْرَفَ الزيادةُ؛ لأنَّ الرجالَ لَا يُوزَنونَ بالقَبَّانِ.

إنَّما تفسيرُ ذلك: أنْ يَرْجِعَ إلىٰ أهلِ البصيرةِ، فيَسْأَلُ عنهم(٤) أنَّ هذا الحِمْلَ

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٤٦].

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/١٣٦]، «المحيط البرهاني» [٥٦٨/٧]، «البناية شرح الهداية» [٢٥٧/١٠]، «رد المحتار» [٣٦/٦].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٤٦].

(٤) وقع بالأصل: «منهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلِأَنَّ الآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ الوَزْنِ فَاعْتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَد الْجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ.

وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ؛ لِأَنَّهَا عطب بما هُوَ مأذون فِيْهِ وغير مأذون فِيْهِ

غاية البيان

كمْ يزيدُ على ركوبِه في الثِّقَلِ، وهذا إذا لمْ يركَبْ موضعَ الحِمْلِ، بلْ يَكُونُ ركوبُه في موضعٍ، والحِملُ في موضعٍ آخرَ، أمَّا إذا ركبَ على موضعِ الحِمل؛ ضَمِنَ قِيمَةَ جميعِ الدَّابَّةِ في «إجاراتِ» شيخ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله»[١].

قولُه: (كَعَدَدِ الْجُنَاةِ)، هيَ جمْعُ الجاني [٦/٣١٠ظ/م]، كالبُغاةِ في جمْعِ الباغي، والقُضاةِ في جمْعِ القاضي، يَعْنِي: إذا جرحَ واحدٌ إنسانًا جراحةً واحدةً خطأً، والآخرُ جراحتيْنِ أوْ أكثرَ خطأً، فماتَ المجروحُ مِنْ ذلكَ؛ فالديةُ عليهما أنصافًا، فكذا هنا، يُعْتَبرُ عددُ مَنْ ركبَ لَا الثِّقَلُ.

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[٢].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي» ـ الذي هوَ «مبسوطُه» ـ: «فإنِ استأجَرَ دابةً لِيَحْمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيم حِنْطَةٍ له؛ فله أنْ يَحْمِلَ عليها مثلَ ذلكَ مِنْ حِنطَةِ غيرِه؛ لأنَّ هذا لَا يَتَفاوَتُ في حقِّ الحِمْلِ.

وإنْ حمَلَ عليها أحدَ عشرَ مختومًا من حِنْطَةٍ، فبلغَتِ المكانَ الذي سَمَّاه، ثُمَّ عَطِبَتْ مِنْ ذلكَ؛ فعليه الكِرَاءُ كاملًا، وعليه جزءٌ مِنْ أحدَ عشرَ جزءًا من قِيمَةِ الدَّابَّةِ بقَدْرِ ما زادَ عليها؛ لأنَّ التلفَ حَصَلَ بسببِ الكلِّ، وبعْضُه مأذونٌ، وبعْضُه

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٤٥، ١٤٦].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

وَالسَّبَبُ الثِّقْلُ فَانقَسَمَ عَلَيْهِمَا إِلَّا إِذَا كَانَ حِمْلًا لَا يُطِيقُهُ مِثْلَ تِلْكَ الدَّابَّةِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا لِعَدَمِ الإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لِخُرُوجِهِ عَنْ طَاقَةِ الدَّابَّةِ.

غيرُ مأذونٍ، فيَسْقُطُ حِصَّةُ الحِمْلِ المأذونِ، ويَجِبُ حصةُ الباقي، ولأنَّ كلَّ جزءٍ مِنْ أجزاءِ الثِّقَلِ لَا يَصْلُحُ عِلَّةً بنفسِه، وإنَّما يَصْلُحُ عندَ الاجتماعِ، وعندَ الاجتماعِ صارَ الكلُّ عِلَّةً واحدةً، فيَتَوَزَّعُ الضَّمَانُ علىٰ أجزائِها، بخلافِ الجراحاتِ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ بانفرادِها تَصْلُحُ عِلَّةً، وقدْ ذَكَرْنا في الجناياتِ: أنَّ صاحبَ العِلَّةِ وصاحبَ العِلَلِ سواءٌ في الحُكْمِ، كما لو جرحَ أحدُهما سبعَ جراحاتٍ، وجرح الآخرُ جراحةً واحدةً وماتَ؛ كانَ الضَّمَانُ بينهما أنصافًا».

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: عليه قيمتُها تامًّا، ولا أَجْرَ عليه.

وقالَ في «تتمة الفتاوىٰ»: «استكرىٰ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيم حِنْطَةٍ، فجعلَ في الجُوَالِقِ عشرينَ مختومًا، وأمَر المُكَارِيَ أنْ يَحْمِلَ هوَ عليها، فحملَ هوَ ولمْ يُشَارِكْه المُسْتَكْرِي في الحمْلِ؛ لَا ضَمَانَ عليه أصلًا إذا هلكتِ الدَّابَّةُ.

ولوْ حمَلَاه جميعًا ـ يَعْنِي: المُكَارِي والمُسْتَكْرِي ـ ووضَعاه علىٰ الدَّابَّةِ؛ يَضْمَنُ المُسْتَكْرِي ربعَ القِيمَةِ، وإنْ كانَتِ [٢/٤٩٦ظ] الحِنْطَةُ في الجُوَالِقَيْنِ، فحملَ كلُّ واحدٍ منهما جُوالِقًا ووضَعاهما علىٰ الدَّابَّةِ جميعًا؛ لَا يَضْمَنُ المُسْتَأْجرُ شيئًا، ويُجْعَلُ حمْلُ المُسْتَأْجرِ بما كانَ مُسْتحقًا بالعقدِ»[1].

والثِّقَلُ ـ بكسْر الثاءِ وفتْح القافِ ـ خلافُ الخِفَّةِ، والثِّقْلُ ـ بكسْر الثاء وسكون القاف ـ: الحِمْلُ، والثَّقَلُ ـ بفتحتَيْنِ ـ: مَتَاعُ المسافرِ. وإنَّما قيلَ للجن والإنس: الثقَلان؛ لأنهما قُطَّانُ الأرضِ وسُكَّانُها، فكأنَّهما ثقَلَاها.

(١) ينظر: «تتمة الفتاوىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٠٩].

وَإِذَا كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا، أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُتَعَارَفًا؛ لِأَنَّ الْمُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ الْعَقْدِ فَكَانَ حَاصِلًا بِإِذْنِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِذَا كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا، أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ؛ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه)[1]، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[2].

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ: لَا يَضْمَنُ استحسانًا إذا [٣١١/٦و/م] فعلَ المعتادَ مِنْ ذلكَ، وبهِ قالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه[3]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[4].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «ضربَها في السيرِ أو كبَحَها بِاللِّجَامِ فعَطِبَتْ؛ فهوَ ضامنٌ إلَّا أنْ يَأْذَنَ لهُ صاحبُها في ذلكَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: نستَحْسِنُ ألَّا نُضَمِّنَه إذا لم يتعَدَّ في الضربِ والكَبْحِ، فضَرَبَ كما يضْرِبُ الناسُ في موضعِه.

وَجْه قولِهما: أنَّ الضربَ للسيرِ متعارَفٌ بينَ الناسِ، وكذا الكَبْحَ، فكانَ مأذونًا فيه عُرْفًا فلا يَضْمَنُ؛ لأنَّ المعروفَ بالعُرْفِ كالمشروطِ بالشرطِ، وهذا لأنَّ الدَّابَّةَ لا تَسِيرُ إلَّا بذلكَ، فصارَ كالمشروطِ في العقدِ، فصارَ كما لوْ هلكَتْ مِنَ الرُّكُوبِ.

---

(١) صرح الإسبيجاني والزوزني أن قوله قياس، وقولهما استحسان، اهـ. وقيدنا بالكبح والضرب لأنه لا يضمن بالسوق اتفاقا، وقيدنا بكونه متعارفًا لأنه بغير المتعارف يضمن اتفاقًا. والصحيح الذي عليه الفتوى قول الإمام. ينظر: «المبسوط» [١٧٤/١٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٦٣/١]، «البحر الرائق» [٢٠٩/٧]، «الاختيار» [٥٣/٢]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٤]، «مجمع الأنهر» [٣٧٩/٢]، «رد المحتار» [٣٩/٦]، «مجمع الضمانات» [١٣/١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٢٨/٧]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٦٦/٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٣٢/٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٦].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ إِذْ يَتَحَقَّقُ السَّوقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلْمُبَالَغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

غاية البيان

ولأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ الضربَ والكَبْحَ لأجْلِ المبالغةِ في السيْرِ واستخراجِ الزيادةِ، وذلكَ ليسَ بمُسْتَحقٍّ بالعقدِ، فلا يَكُونُ مأذونًا فيه، فيَقَعُ الضربُ والكَبْحُ تعدِّيًا، فيَضْمَنُ ما تولَّد منه.

ولئِنْ سَلَّمْنَا أنَّ الإذنَ بذلكَ ثابتٌ عُرْفًا، ولكنْ لَا نُسَلِّمُ أنَّه ثابتٌ مطلقًا، بلْ هوَ مُقَيَّدٌ بشرطِ السلامةِ، فإذا لم تَسْلَمْ ضَمِنَ، كالمرورِ في الطريقِ، ولأنَّه ضربَ ما لَا يَمْلِكُه لاستيفاءِ مَنْفَعَةِ نفسِه، فما تولَّدَ منه يَكُونُ مَضْمُونًا، كما إذا ضربَ امرأتَه فماتَتْ، ولا يَلْزَمُ على هذا ما إذا ضربَ المولى عبْدَه فماتَ، حيثُ لَا يَضْمَنُ؛ لأنَّا احترَزْنا عنه بقولِنا: ما لَا يَمْلِكُه.

وقياسُهما على الرُّكُوبِ؛ لأنَّ الأصلَ معقودٌ عليه، بخلافِ الفرعِ، ولأنَّه مأذونٌ لهُ في الرُّكُوبِ نُطْقًا، بخلافِ الفرعِ، ولَا نُسَلِّمُ أنَّ الضربَ والكَبْحَ معتادٌ؛ لأنَّ العادةَ مشتركةٌ؛ لأنَّ بعضَ الناسِ يُسَيِّرونَ الدَّابَّةَ بتحريكِ الرِّجْلَيْنِ والصِّيَاحِ بدونِ الضربِ، والعُرْفُ المشتركُ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا، فلا يَثْبُتُ الإذنُ بدونِ الشرطِ».

وقالَ في «المختلفِ»: «وعلى هذا الخلافِ: ضرْبُ الأبِ ابنَه الصغيرَ للتأديبِ، عندَهما: لَا يَضْمَنُ؛ للحاجةِ إلى ذلكَ في التأديبِ، وعندَه: يَضْمَنُ؛ لأنَّ التأديبَ قدْ يَقَعُ بالزجْرِ والتعْريكِ»(١).

وقالَ في «الفتاوى الصغرى»: «مُعَلِّمٌ ضرَبَ الصبيَّ بإذْنِ الأبِ، أوِ الوصيِّ؛ لمْ يَضْمَنْ، وهما لو ضرَبا يَضْمَنانِ في إجاراتِ «العيونِ»»(٢).

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٦٠٠].

(٢) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٤٣].

وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ، فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الْحِيرَةِ فَنَفَقَتْ؛ فهوَ ضَامِنٌ، وَكذَلِكَ الْعَارِيَّةُ.

غاية البيان

وفي **القُدُورِيِّ**: المُعَلِّمُ أوِ الأستاذُ إذا ضَرَبا الصبيَّ بغيرِ إذْنِ الأبِ أوِ الوصيِّ؛ ضَمِنَا، ولوْ ضربا بإذْنِهما لَا يَضْمَنانِ، والأبُ أوِ الوَصِيُّ[1] إذا ضرَبَه للتأديبِ فماتَ؛ ضَمِنَا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهما.

ونَقَلَ في «**التتمةِ**» عنْ بابِ مِيرَاثِ القاتلِ مِن «**فرائضِ شمسِ الأئمةِ السَّرَخْسِيِّ**» ﷺ: الأصحُّ أنَّ أبا حَنِيفَةَ رَجَعَ إلى قولِهما[2].

وقالَ في «**الفتاوى** [٦/٣١١ظ/م] **الصغرى**» **أيضًا**: «قالَ أبو سليمانَ: إذا ضربَ ابنَه على تعليمِ القرآنِ أوِ الأدبِ فماتَ، قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: تَجِبُ الدِّيَةُ ولا يَرِثُه، وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: لَا شيءَ عليه ويَرِثُه.

ولوْ [٢/٤٩٧و] ضربَ امرأتَه على المضجعِ فماتَتْ؛ يَضْمَنُ، ولا يَرِثُها في قولِهما؛ لأنَّه ضرَبَها لمنفعةِ نفسِه، بخلافِ الأبِ مع الابنِ»[3].

يُقَالُ: كبَحَه بِاللِّجَامِ إذا ردَّه به. كذا في «**الجمهرةِ**»[4].

قولُه: (**وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الْحِيرَةِ، فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى الْقَادِسِيَّةِ، ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى الْحِيرَةِ فَنَفَقَتْ؛ فهوَ ضَامِنٌ، وَكذلكَ الْعَارِيَّةُ**)، وهذه منْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يستأجِرُ مِنَ الرَّجُلِ الدَّابَّةَ يَرْكَبُها إلى الحِيرةِ، فجاوَزَ بها إلى الْقَادِسِيَّةِ، ثُمَّ ردَّها إلى الْحِيرَةِ

(١) وقع بالأصل: «والأب والوصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠٧].

(٣) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٤٣].

(٤) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٢٨٢].

وَقِيلَ: تَأْوِيل هَذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا؛ لِيَنْتَهِي العَقْدُ بِالوُصولِ إِلَىٰ الحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ بِالعَودِ مَرْدُودًا إِلَىٰ يَدِ المَالِكِ.

غاية البيان

فنفقَتْ، قالَ: هوَ ضامن، وكذلكَ العَارِيَّة»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ الآخرُ، وهوَ قولُهما، وهوَ كانَ يَقُولُ أوّلًا: إنَّه لَا ضَمَانَ عليه، وهوَ قول زُفَرَ ﷺ[2]. كذا ذكرَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**».

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ **في «شرحِ الكافي»**: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا استأجرَ الرَّجُلُ دَابَّةً ليَرْكَبَها إلىٰ مكانٍ معلومٍ، فجاوزَ بها ذلكَ المكانَ، ثُمَّ رجَعَ إليه، فعَطِبَتِ الدَّابَّةُ؛ فلا ضَمَانَ عليه، ثُمَّ رَجَعَ فقالَ: هوَ ضامنٌ ما لمْ يدْفَعْها إلىٰ صاحبِها، وهوَ قولُ أبي يوسفَ ومحمدٍ ﷺ». إلىٰ هنا لَفْظُه ﷺ.

والمُودَعُ إذا خالَفَ في الوَدِيعَةِ ثُمَّ عادَ إلىٰ الوِفاقِ؛ يَبْرَأُ عنِ الضَّمَانِ عندَنا، خلافًا لِزُفَرَ والشَّافِعِيِّ ﷺ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في الوَدِيعَةِ.

مِنَ المشايخِ مَنْ قالَ: تأويلُ قولِه الأولِ: إذا استأجَرها ذاهبًا وجائِيًا، وتأويلُ قولِه الآخرِ: إذا استأجَرها ذاهبًا لَا جائيًا، وإليه مالَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ.

ومنهمْ مَنْ قالَ: جوابُ الكتابِ ـ أي: «**الجامعِ الصغيرِ**» ـ مُجْرًىٰ علىٰ الإطلاقِ حتىٰ لَا يَبْرَأَ عنِ الضَّمَانِ إلَّا بالردِّ إلىٰ المالكِ علىٰ كلِّ حالٍ، بخلافِ المُودَعِ إذا خالَفَ، ثُمَّ عادَ إلىٰ الوِفاقِ.

وَجْهُ قولِهِ الأَوَّلِ: أنَّه أمينٌ خالَفَ ثُمَّ عادَ إلىٰ الوِفاقِ؛ فيَبْرَأُ عنِ الضَّمَانِ كَالمُودَعِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٦].

(٢) ينظر: «المبسوط» [١٣/١٦]، «الفقه النافع» [١١٢٢/٣]، «بدائع الصنائع» [٧٦/٤]، «تبيين الحقائق» [١١٨/٥]، «العناية» [٨٦/٩].

أَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمُودِعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ.

غاية البيان

ووَجْهُ قولِه الآخرِ: أنَّ الأمرَ بالحفظِ لَمْ يَثْبُتْ قصْدًا، وإنَّما ثبَتَ لهُ ولايةُ الحفظِ تبعًا للاستعمالِ، فيظْهَرُ النيابةُ في الحفظِ في التمَكُّنِ مِنَ الانتفاعِ، لَا في حقِّ البَرَاءَةِ من الضَّمَانِ، بخلافِ المُودعِ؛ لأنَّ يدَه يدُ المالكِ مطلقًا؛ لإطلاقِ الأمْرِ بالحفظِ.

أوْ نَقُولُ: يدُ المُسْتَأْجِرِ والمُسْتَعِيرِ يدُ نفسِه، لَا يدُ المالكِ مِن حيثُ إنَّ المَنْفَعَةَ تَحْصُلُ لهُ لَا للمالكِ، والضَّمَانُ كانَ واجبًا، فلَا يَبْرَأُ عنه إلَّا بالردِّ إلى المالكِ، بخلافِ المُودعِ، فإنَّ يدَه يدُ المالكِ؛ لأنَّه نائبُه في الحفظِ؛ لقيامِ الأمرِ بهِ [٣١٢/٦و/م] مطلقًا، فإذا عادَ إلى الوِفاقِ حصلَ الردُّ إلى نائبِ المالكِ، فبَرِئَ عنِ الضَّمَانِ.

والدليلُ على أنَّ المُسْتَأْجرَ والمُسْتَعِيرَ لهما يدَا أنفسِهما، والمُودَعُ يدُه كيدِ المُودِعِ: أنَّ المُسْتَأْجرَ لهُ أنْ يُؤَاجِرَ غيرَه، والمُسْتَعِيرُ لهُ أنْ يُعِيرَ لغيرِه، والمُودعُ ليسَ لهُ ذلكَ، فثَبَتَ أنَّ المُودَعَ وكيلُ صاحبِه في الحفظِ، فإذا تركَ الخلافَ؛ فقدْ رَدَّه إلى يدِ وكيلِه، والخلافُ لم يرْفَعْ عَقْدَ الوَدِيعَةِ؛ لأنَّ الخلافَ مِنْ طريقِ الفعلِ لَا يرْفَعُ العقدَ، كالخلافِ في أصولِ الشَّرْعِ لَا يرْفَعُ عَقْدَ الأيمانِ.

والوَكِيلُ بالبيعِ بألفٍ إذا خالَفَ وباعَ بخمسِ مئةٍ؛ لَا يَرْفَعُ عَقْدَ الوَكَالَةِ حتى إنّ لهُ أنْ يَسْتَرِدَّه ويَبِيعَه بألفٍ، وكذلكَ الوَصِيُّ إذا خالَفَ، فإنَّ عقودَ الوصايةِ قائمةٌ، بخلافِ ما إذا جحدَ الوَدِيعَةَ؛ لأنَّ الجُحُودَ يَرْفَعُ العقدَ، كما لوْ جحدَ أوامرَ الشَّرْعِ؛ ارتفَعَ عقْدُ الأيمانِ، كذلكَ هاهنا.

وقدْ مَرَّ [٤٩٧/٢ظ] البيانُ في الوَدِيعَةِ، وفي العَارِيَّةِ تفصيلٌ ذكرْناه في كتابِ العَارِيَّةِ عن «شرحِ الكافي»، وهوَ أنَّه إذا استعارَ ذاهبًا لَا جائيًا، فجاوَزَ بها ذلكَ

وَقِيلَ: مُجْرَىٰ عَلَىٰ الإِطْلَاقِ، وَالفَرْقُ أَنَّ المُودِعَ مَأْمُورٌ بِالحِفْظِ مَقْصُودًا فَبَقِيَ الأَمْرُ بِالحِفْظِ بَعْدَ العَودِ إِلَىٰ الوِفَاقِ فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَىٰ يَدِ نَائِبِ المَالِكِ، وَفِي الإِجَارَةِ وَالعَارِيَةِ يَصِيرُ الحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلِاسْتِعْمَالِ لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا

غاية البيان

المكانَ، ثُمَّ عادَ إليه؛ لَا يَبْرَأُ عنِ الضَّمَانِ، فلوْ استعارَها ذاهبًا وجائيًا، فجاوزَ ذلكَ المكانَ، ثُمَّ عادَ إليه: فقد رُوِيَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّه يَبْرَأُ عنِ الضَّمَانِ؛ لأنَّ يدَه في هذا المكانِ يدُ المالكِ، فقدْ ردَّها إلىٰ يدِ المالكِ مَعْنًىٰ، ويُنْظَرُ ثَمَّةَ.

وقدْ طعَنَ عيسىٰ بنُ أبانٍ علىٰ [قولِ][1] أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه الآخرِ في الْإِجَارَةِ، وقالَ: يَجِبُ أنْ يَبْرَأَ عنِ الضَّمَانِ؛ لأنَّه يُمْسِكُ العينَ لمنفعةِ مالكِها؛ بدلالةِ أنَّه يسْتَحِقُّ الأُجرةَ.

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في كتابِ «التقريبِ»: «وهذا غلطٌ؛ لأنَّه إذا أمسكَ العينَ لمنفعةِ نفسِه؛ لم يُعْتَبَرْ انتفاعُ مالِكِها بالعِوَضِ، كما أنَّ يدَ المُشْتَرِي لنفسِه، وإنْ كانَ البائِعُ يستَقِرُّ لهُ الثَّمَنُ بحُصولِ المَبِيعِ في قَبْضِ المُشْتَرِي».

فإنْ قيلَ: إنَّ المُسْتَأْجِرَ يَرْجِعُ علىٰ المُؤْجِرِ بما يَلْحَقُه مِنَ الضَّمَانِ، كما يَرْجِعُ المُودَعُ.

قلْنا: المُودعُ يَرْجِعُ؛ لأنَّه يُمْسِكُ لمنفعتِه، ويدُه يدُه، والمُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ لأنَّه غرَّه بعقْدٍ فيه بَدَلٌ.

وَالْحِيرَةُ: مدينةٌ كانَ النعمانُ بنُ المنذرِ يَسْكنُها بقُرْب الكوفةِ، علىٰ رأسِ مِيلٍ مِنَ الكوفةِ.

والقَادِسِيَّةُ: موضعٌ بينَه وبينَ الكوفةِ خمسةُ أميالٍ.

ونفَقَتِ الدَّابَّةُ نُفوقًا: أي: هلكَتْ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

انْقَطَعَ الاسْتِعْمَالُ لَمْ يَبْقَ هُوَ نَائِبًا فَلَا يَبْرَأُ بِالعَوْدِ وَهَذَا أَصَحُّ.

وَمَنِ اكْتَرَىٰ حِمَارًا بِسَرْجٍ، فَنَزَعَ السَّرْجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمُرُ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَاثِلُ الأَوَّلَ يَتَنَاوَلُهُ إِذْنُ المَالِكُ،

غاية البيان

قولُه: (وَقِيلَ: الْجَوَابُ مُجْرًى عَلَىٰ إِطْلَاقِه)، أي: يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ علىٰ كلِّ حالٍ إذا جاوَزَ المكانَ الذي استأجرَ الدَّابَّةَ إليه، ثُمَّ عادَ إليه فهلكَتْ، سواءٌ استأجَرها ذاهبًا لَا جائيًا، أوْ ذاهبًا [٣١٢/٦ظ/م] وجائيًا؛ لأنَّه لمْ يُفَصِّلْ محمدٌ رحمه الله في «الجامع الصغير» في الجوابِ بلْ أطْلَقَ، وقالَ: «هوَ ضامنٌ». مِنْ غيرِ قَيْدٍ.

قولُه: (وَهَذَا أَصَحُّ)، أي: كونُ الجواب مُجْرًى علىٰ الإطلاقِ أصحَّ مِنَ التفصيلِ في الجوابِ.

قولُه: (وَمَنِ اكْتَرَىٰ حِمَارًا بِسَرْجٍ، فَنَزَعَ السَّرْجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمُرُ: فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)، وهذِهِ منْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يستأجِرُ الحمارَ بِسَرْجٍ ليركبَه، فنزَعَ ذلكَ السَّرْجَ وأسرجَه بِسَرْجٍ غيرِه، قالَ: إذا كانَ أسرجَه بِسَرْجٍ لَا تُسْرَجُ بمِثْلِه الحُمُرُ؛ فهوَ ضامنٌ، وإنْ أوْكَفَه بإكافٍ؛ فهوَ ضامنٌ، وإنْ كانَ يُوكَفُ بمِثْلِه الحُمُرُ، وقالَ محمدٌ ويعقوبُ رحمهما الله: يَضْمَنُ بحسابِ ذلكَ»(١). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «قدْ ظنَّ بعضُ الناسِ أنَّ في المسألةِ اختلافًا، وليسَ فيها اختلافٌ، ولكنْ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله قد فسَّرا قولَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ عليه بحسابِ الزيادةِ.

والدليلُ علىٰ أنَّه ليسَ في المسألةِ اختلافٌ: أنَّه ذكرَ في «كتابِ الإِجَارَاتِ»

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٦ ـ ٤٤٧].

. . . .

في بابِ ضَمَانِ الأجيرِ المشتركِ: وأجيرُ الرَّجُلِ وحْده، **وقالَ أبو حَنِيفَةَ** ﷺ: إذا نزعَ السَّرْجَ وأوْكَفَه يَجِبُ عليه الضَّمَانُ بمقدارِ ما زادَ، فذلكَ القولُ موافقٌ لِمَا قالا هاهنا.

فثَبَتَ أنَّه لَا اختلافَ في المسألةِ، وكانَ الفقيهُ أبو جعفرٍ ﷺ **يَقُولُ**: إنْ كانَتْ تلكَ الدَّابَّةُ تُوكَفُ بمِثْلِه وتُسْرَجُ؛ يَجِبُ الضَّمَانُ بحسابِ الزيادةِ، وإنْ كانَتْ تلكَ الدَّابَّةُ لَا تُوكَفُ بمِثْلِه؛ وجَبَ عليه ضَمَانُ الكلِّ؛ لأنَّه قصَدَ إتلافَه، وصارَ بمنزلةِ خلافِ الجنسِ، وهذا القولُ أحسنُ، وبهِ **نَأْخُذُ**». إلى هنا لَفْظُ أبي الليثِ ﷺ.

وقالَ [الفقيهُ][1] فخرُ الإسلامِ وغيرُه في «**شروحِ** [٢/٤٩٨و] **الجامعِ الصغيرِ**»: «فمِنْ أصحابِنا ﷺ مَنْ قالَ: ما ذُكِرَ هاهنا[2] عنهما تفسيرٌ لقولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، أمَّا إذا أبدلَ السَّرْجَ بمِثْلِه، أو أخَفَّ منه، فلَا يُشْكِلُ أنَّه يَجِبُ المُسمَّى، ولا يَضْمَنُ؛ لأنَّ تعيينَ السَّرْجِ غيرُ مفيدٍ، وإنْ أبدلَ السَّرْجَ بِسَرْجٍ لَا يُسْرَجُ بمِثْله الحُمرُ، أوْ أوكَفَه بإكافٍ لَا يُوكَفُ بمِثْله الحُمُرُ، فيَحْتَمِلُ أنْ يَضْمَنَ القِيمَةَ في قولِهم جميعًا؛ لأنَّه يُعَدُّ إتلافًا للحيوانِ، كمَنْ أبدلَ الحِنْطَةَ بالحَدِيدِ.

فأمَّا إذا أبدلَ السَّرْجَ بإكافٍ لَا يُوكَفُ بمِثْله الحُمر فكذلكَ، وإنْ كانَ يُوكَفُ بمِثْلِه الحُمرُ؛ فهوَ موضعُ الشبهةِ، فإنْ كانَ بالاتفاقِ فهوَ واضحٌ؛ لأنهما سواءٌ في الرُّكُوبِ، إلَّا أنَّ أحدَهما أزْيَدُ، فيَضْمَنُ الزيادةَ، وإنْ كانَ على الاختلافِ بأنْ حُمِلَ قولُه: «فهوَ ضامنٌ» على كلِّ القِيمَةِ.

فوجْهُ قولِهما: ما قلْنا: إنَّه زادَ على المُسمَّى، فوَجَبَ [٦/٣١٣و/م] أنْ يَضْمَنَ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) أي: في «الجامع الصغير». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

. . . .

الزيادةَ خاصةً، كما لوْ استأجرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها عشرةَ مَخَاتِيم، فحمَلَ عليها أحدَ عشرَ مختومًا، والدَّابَّةُ تُطِيقُ ذلكَ؛ يَضْمَنُ جزءًا مِنْ أحدَ عشرَ جزءًا مِنْ قِيمَةِ الدَّابَّةِ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الإكافَ يُسْتَعْمَلُ لغيرِ ما يُسْتَعْمَلُ لهُ السَّرْجُ، وهوَ الحمْلُ، وأثرُه مخالفٌ أيضًا؛ لأنَّه لَا يَنْبَسِطُ انبساطَ السَّرْجِ، وإذا كانَ كذلكَ؛ كانَ في حقِّ الدَّابَّةِ خلافًا إلىٰ جنسٍ غير المُسمَّىٰ، فلَمْ يَصِرْ مُسْتوفيًا شيئًا مِنَ المُسمَّىٰ، فيَضْمَنُ الكلَّ، كما لوْ أبدلَ الحَدِيدَ مكانَ الحِنْطَةِ».

ثُمَّ اختلفُوا في تفسيرِ قولِه: «يَضْمَنُ بقَدْرِ ما زادَ».

قالَ العَتَّابِيُّ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «قالَ بعضُهم: معناه: الزيادةُ في المساحةِ، حتىٰ لوْ كانَ السَّرْجُ يَأْخُذُ مِنْ ظَهْرِ الدَّابَّةِ قَدْرَ شِبْرَيْنِ، والإكافُ قَدْرَ أربعةِ أشبارٍ؛ يَضْمَنُ نصفَ قِيمتِها.

وقالَ بعضُهم: معناه: الزيادةُ مِن حيثُ الثِّقَلُ حتىٰ إذا كانَ السَّرْجُ بوَزْنِ مَنَوَيْنِ[1]، والإكافُ ستةُ أمْنَاء؛ يَضْمَنُ ثُلثي قيمتِها».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في مختصرِه المُسمَّىٰ بـ«الكافي»: «ولوْ تَكَارَىٰ حمارًا عُريانًا، فأسْرَجَه وركبَه؛ فهوَ ضامنٌ له»[2].

وقالَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «ولوِ اكترىٰ حمارًا عُريانًا، فأسْرَجَه، ثُمَّ ركبَه؛ كانَ ضامنًا»[3].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وهذا

---

(١) مضىٰ أن المَنَوَانِ: مُثَنَّىٰ المَنِّ (وهي لغة تميم بالتشديد) أو المَنَا (علىٰ وزْن عَصَا)، وهو كَيْل معروف يُكَالُ به السَّمْنُ وغيره، أو مِيزان مقْدارُه رطْلَان.

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٤٦].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٤].

. . . .

إذا كانَ حمارًا لَا يُسْرَجُ مِثْله عادةً، أَمَّا إذا كانَ يُسْرَجُ ويُرْكَبُ بِالسَّرْجِ؛ فلَا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّ المقصودَ هوَ الرُّكُوبُ، والسَّرْجُ آلةٌ له، فلَا يَخْتَلِفُ بوَضْعِ السَّرْجِ عليه».

وقالَ القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «وقدْ فصَّلَ أصحابُنا هذا وقالُوا: إذا استأجَره ليَرْكَبَ إلىٰ خارجِ المِصْرِ لم يَضْمَنْ؛ لأنَّ الحمارَ لَا يُرْكَبُ مِنْ بلدٍ إلىٰ بلدٍ بغيرِ سَرْجٍ ولا إكافٍ، فلَمَّا آجَرَه كذلكَ فقدْ أَذِنَ لهُ مِنْ طريقِ المعنىٰ.

وقالُوا: إنِ استأجَرَه ليَرْكَبَه في المِصْرِ، وهوَ مِن ذوي الهيئاتِ؛ فله أنْ يسْرَجَه؛ لأنَّ مثلَه لَا يُرْكَبُ مِنْ غيرِ سَرْجٍ، وإنْ كانَ مِنْ دونِ الناسِ فأسرَجَه ضَمِنَ؛ لأنَّ مِثْلَه يُرْكَبُ في البلدِ بغيرِ سَرْجٍ، والسَّرْجُ أثقَلُ علىٰ الدَّابَّةِ، ثُمَّ إذا ضَمِنَ يَضْمَنُ جميعَ القِيمَةِ أو بقَدْرِ ما زادَ»[1].

قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»[2]: اختلفُوا فيه، **والصحيحُ** أنَّه يَضْمَنُ جميعَ القِيمَةِ؛ لأنَّه ذكرَ الضَّمَانَ مطلقًا، فيَنْصَرِفُ إلىٰ الكلِّ، وإنَّما كانَ كذلكَ؛ لأنَّه خالفَ صورةً ومعنًىٰ.

أمَّا صورةً: فظاهرٌ؛ لأنَّه أَذِنَ أنْ يَرْكَبَها عُريانًا، وقدْ ركبَ معَ السَّرْجِ.

وأمَّا مَعْنًىٰ: فلأنَّ الرُّكُوبَ علىٰ السَّرْجِ أضرُّ علىٰ الدَّابَّةِ؛ لأنَّ ثِقْلَ الراكبِ والسَّرْجِ يَجْتَمِعُ في مكانٍ واحدٍ.

قُلْتُ: يَنْبَغِي أنْ يَكُونَ الأصحُّ ضَمَانَ قَدْرِ الزيادةِ؛ لأنَّه استأجَرَه عريانًا [٦/٣١٣ظ/م] فأسْرَجَه، فكانَ السَّرْجُ كالحمْلِ الزائدِ علىٰ الرُّكُوبِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٤].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩].

إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَيْهِ فِي الوَزْنِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ.

وَإِنْ كَانَ [١١٦/و] لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمُرُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الإِذْنُ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ مُخَالِفًا.

وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ لِمَا قُلْنَا فِي السَّرْجِ، وَهَذَا أَوْلَى.

غاية البيان

[٢/٤٩٨ظ] أَلَا ترىٰ أنَّه ذكرَ في «الأصلِ»: «إذا استأجرَ دابَّةً ليَرْكَبها إلىٰ مكانٍ معلومٍ، فركبَ وحمَلَ مع نفسِه حمْلًا؛ يَضْمَنُ قَدْرَ الزيادةِ [إنْ عَطِبَتْ][1]، فكذا هذا»[2]؛ لأنَّ السَّرْجَ صارَ كزيادةِ الحمْلِ».

وقالَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «إنْ لَمْ يَكُنْ عليه لجامٌ فألجَمَه؛ فلَا ضَمَانَ عليه إذا كانَ مِثْلُه يُلْجَمُ بذلكَ اللِّجَامِ، وكذلكَ إنْ أبدَله، وذلكَ لأنَّ الحمارَ لَا يَخْتَلِفُ باللِّجَامِ وغيرِه، ولا يتْلَفُ به، فلَمْ يَضْمَنْ بإلجامِه»[3].

قولُه: (فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ)، أي: في تقْييدِ الضَّمَانِ بغيرِ ذلكَ السَّرْجِ، ولوْ قيلَ: بعَيْنِه كانَ أَوْلَىٰ، أي: في تقييدِ الإذنِ بعَيْنِ ذلكَ السَّرْجِ؛ لأنَّه وما يُماثِلُه سواءٌ، فلَمْ يُفِدِ التقييدَ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الْحُمُرُ)، كما إذا أسرَج الحمارَ بِسَرْجِ البِرْذَوْن.

قولُه: (لِمَا قُلْنَا فِي السَّرْجِ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الْإِذْنُ مِنْ جِهَتِهِ).

قولُه: (وَهذا أَوْلَى)، أي: الضَّمَانُ فيما إذا أوكَفَه بإكافٍ لَا يُوكَفُ بمِثْلِه

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٥١٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٤].

وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أبي حنيفة، وَقَالَا: يَضْمَنُ بِحِسَابِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بِمِثْلِهِ يُؤْكَفُ الحُمُرُ كَانَ هُوَ والسَّرْجُ سَوَاءٌ فَيَكُونُ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَى السَّرْجِ فِي الوَزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الحِمْلِ المُسَمَّى إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ؛ لِأَنَّهُ لِلْحِمْلِ، وَالسَّرْجُ لِلرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَى ظَهْرِ الدَّابَّةِ مَا لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ الآخَرُ فَكَانَ مُخَالِفًا كَمَا إِذَا حَمَلَ الحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الحِنْطَةَ.

وَإِنِ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا لِيَحْمِلَ لهُ طَعَامًا فِي طَرِيقِ كَذَا، فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ؛ فلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، فَإِنْ بَلَّغَ فَلَهُ الْأَجْرُ وَهَذَا إِذَا لَمْ

غاية البيان

الحُمرُ أَوْلَىٰ مِنَ الضَّمَانِ فيما إذا أسرجه بِسَرْجٍ لَا تُسْرَجُ بِمِثْلِه الحُمرُ؛ لأنَّ السَّرْجَ مِنْ جنسِ السَّرْجِ، ولكنْ لَمَّا كانَ لَا يُسْرَجُ بمِثْلِه الحُمرُ؛ وجَبَ الضَّمانُ، والإكافُ ليسَ مِنْ جنسِ السَّرْجِ؛ فلَا يَجِبُ الضَّمانُ إذا كانَ لَا يُوكَفُ بمِثْلِه الحُمرُ أَوْلَىٰ وأحْرَىٰ.

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا لِيَحْمِلَ لهُ طَعَامًا فِي طَرِيقِ كَذَا، فَأَخَذَ فِي طَرِيقٍ غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ؛ فلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، فَإِنْ بَلَّغَ فَلَهُ الْأَجْرُ).

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في الرَّجُلِ يستأجِرُ الرَّجُلَ على أنْ يَحمِلَ لهُ متاعًا في طريقِ كذا وكذا، فيأْخُذُ في طريقٍ آخرَ ممَّا يسلكُه الناسُ، فهلكَ المَتاعُ، قالَ: لَا يَضْمَنُ إنْ هلكَ المتاعُ، وإنْ بَلَّغَ فله الأجرُ، وإنْ حمَله في البحرِ فيما يَحْمِلُ الناسُ فيه فهلَكَ؛ فهوَ ضامنٌ، وإنْ بَلَّغَ فله الأجرُ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ محمدٍ في أصلِ **«الجامعِ الصغيرِ»**، وهيَ مِنَ الخواصِّ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٧].

بَكُنْ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ التَّقْيِيد غير مُفِيْد، أما إِذَا كَانَ يَضْمَنْ لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَإِنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيْدٌ إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ طَرِيْقًا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَمْ يُفَصِّل[1] وَإِنْ كَانَ طَرِيْقًا لا يَسْلُكُهُ النَّاسُ وَهَلَكَ ضَمِنَ ؛ لِأَنَّهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ فَصَارَ مُخَالِفًا وَإِنْ بَلَّغَ فَلَهُ الأَجْرُ ؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ مَعْنًى ، وَإِنْ بَقِيَ صُورَةً .

غاية البيان

وقولُه: (وَإِنْ بَلَّغَ) ، بالتشديد ، كذا السماعُ ، أي: وإنْ بَلَّغَ الحَمَّالُ المَتَاعَ ذلكَ الموضعَ الذي اشترطَ أن يَحْمِلَ إليه ، ويَجُوزُ بالتخفيفِ على إسنادِ الفعلِ إلى المَتَاعِ. أي: إنْ بلَغ المَتَاعُ إلى ذلكَ الموضعِ ولم يَهْلَكْ في الطريقِ.

وكذا إذا استأجرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها متاعًا إلى مكانِ كذا في طريقِ كذا، فأخَذَ في طريقٍ آخرَ فهلكَتِ الدَّابَّةُ.

والأصلُ هنا: أنَّ كلَّ شرْطٍ لَا يُفِيدُ لَا يُعْتَبرُ ، ثُمَّ إذا لَمْ يَكُنْ بينَ الطريقَيْنِ تفاوتٌ ؛ لَا ضَمَانَ عليه إذا سلَك طريقًا آخرَ ؛ لأنَّه لَا فائدةَ في التعيينِ ، فكانَ الشرطُ لغْوًا ؛ لكونِه غيرَ مفيدٍ ، حتى إذا كانَ بينهما تفاوتٌ ، بأنْ كانَ [٦/٣١٤و/م] الطريقُ الثاني مخوفًا ، أو كانَ طريقًا لَا يسْلكُه الناسُ ؛ ضَمِنَ ؛ لأنَّ التعيينَ مفيدٌ ، فيَكُونُ مخالفًا بسلوكِه طريقًا آخرَ فيَضْمَنُ ، وإنْ سَلِمَ المَتَاعُ وبلغَ فله[2] الأجرُ ؛ لأنَّ جنسَ الطريقِ واحدٌ ، وإنَّما الضَّمَانُ بِالضَّرَرِ ، فإذا سَلِمَ بَطَلَ جانبُ الخلافِ.

وزادَ في «**الفتاوى**» على هذا فقالَ: «إذا كانَ الطريقانِ في السلوكِ سواءً ؛ لَا يَضْمَنُ ، وإنْ كانَ أحدُهما أبعدَ مِنَ الآخرِ بحيث يَتَفَاوَتُ في الطُّولِ والعَرْضِ ، والسهولةِ والصعوبةِ ؛ ضَمِنَ.

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: يَفْصِل».

(٢) وقع بالأصل: «قلة». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

قَالَ: وَإِنْ حَمَلَهُ فِي الْبَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ ضَمِنَ لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وارْتِفَاعِ الخِلَافِ مَعْنًى.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فَزَرَعَهَا رَطْبَةً[1]؛ ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا؛

غاية البيان

فأَمَّا إذا حملَ في البحرِ ضَمِنَ، سواءٌ كانَ ممَّا يَسْلُكُه الناسُ، أوْ لَا يَسْلُكُه الناسُ؛ لأنَّ النجاةَ في البحرِ نادرٌ، وذلكَ لأنَّ البحرَ موضعُ هلاكٍ وخطرٍ في الأصلِ، ولكنْ قد يَكُونُ تحمُّلُ الخطرِ معتادًا، فإذا قَيَّدَ الْمُسْتَأْجِرُ بما لَا خطرَ فيه وهوَ طريقُ البَرِّ؛ صحَّ التقييدُ؛ لكونِه مفيدًا، فإذا سلَك الحَمَّالُ بعدَ ذلكَ طريقَ البحرِ صارَ مخالفًا، فوَجَبَ الضَّمانُ إذا هلَك المَتاعُ.

وإنْ سَلِمَ وبلغَ المقصودَ؛ فله الأجرُ المُسمَّى؛ لأنَّ جنسَ الطريقِ واحدٌ، فلَا يظْهرُ حُكْمُ الخلافِ إلَّا بظهورِ أثرِ التفاوُتِ، وهوَ الهلاكُ، فإذا سَلِمَ بقِيَ [٢/٤٩٩و] التفاوتُ صورةً لَا مَعْنًى، فوَجَبَ المُسمَّى؛ لأنَّه لَا يُعْتَبرُ المخالفةُ في الصورةِ عندَ حصولِ المقصودِ»[2].

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «رُوِيَ عنْ عبدِ الله بنِ عبَّاسٍ ﷺ أنَّه قالَ: كانَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ﷺ إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَبَةً، اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ: أَنْ لَا يَسْلُكَ بِهِ بَحْرًا، وَلَا يَنْزِلَ بِهِ وَادِيًا، وَلَا يَشْتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ»[3]، يَعْنِي: الحيوانَ، فثَبَتَ أنَّ الدخولَ في الْبَحْرِ يُعَدُّ خطرًا بالمالِ والنفسِ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فَزَرَعَهَا رَطْبَةً[4]؛ ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا)،

(١) الرَّطْبَةُ: كلُّ ما أُكِلَ مِن النبات غَضًّا طريًّا. جمعها: رِطابٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٣٥١].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٢٩].

(٣) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٣/٧٨]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/١١١]، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ به.

(٤) الرَّطْبَةُ: كلُّ ما أُكِلَ مِن النبات غَضًّا طريًّا. جمعها: رِطابٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٣٥١].

لِأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ لِانْتِشَارِ عُرُوقِهَا فِيْهَا وَكَثْرَةُ الحَاجَةِ إِلَىٰ سُقْيِهَا فَكَانَ؛ خِلَافًا إِلَىٰ شَرٍّ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا وَلَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ.

غاية البيان

وهذهِ مِنْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في الأرضِ يَسْتَأْجِرُها الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ ليَزْرَعَهَا حِنْطَةً، فزرَعَها رَطْبةً، قالَ: هوَ ضامنٌ لِمَا نقَصَ الأرضَ، ولا أجْرَ عليه»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ لأنَّ اشتغالَ الأرضِ بالرَّطْبةِ أضرُّ بالأرضِ مِنَ اشتغالِها بِالحِنْطةِ؛ لانتشارِ عُروقِ الرَّطْبةِ في الأرضِ، وكثرةِ حاجتِها إلىٰ السَّقْيِ، وبقائِها إلىٰ مدةٍ لَا يُعْرَفُ نهايتُها، فصارَ الاشتغالُ بهذا النوعِ جنسًا غيرَ جنسِ الاشتغالِ بذلكَ النوعِ، فصارَ غاصبًا ضامنًا لَا محالةَ، ولا أجْرَ عليه؛ لأنَّ الأجرَ والضَّمَانَ لَا يجتمعانِ؛ لأنَّه صارَ غاصبًا مُتْلِفًا مِنَ الابتداءِ، والأجرُ لَا يُقَابَلُ بِالضَّمَانِ، فصارَ كرجُلٍ استأجرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عليها شعيرًا، فحمَلَ عليها حِنْطَةً، أوْ أُرزًا، أو آجُرًّا [٦/٣١٤ظ/م]؛ صارَ مخالفًا ضامنًا، فكذا هذا.

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بالْأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ).

والرِّطَابُ: جمعُ رَطْبَةٍ، وهيَ: القَضْبُ[2].

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٧].

(٢) القَضْبُ: كل شجرة طالَتْ وبُسِطَتْ أغصانُها، أوْ هو الشجرُ الرَّطْب يُقْطَع مَرَّةً بعد أخرىٰ. وهو أيضًا شجرٌ كشجَر الكُمَّثرَىٰ، وورَقه كورقه إلا أنّه أرَقُّ وأنْعَم، وترْعَىٰ الإبلُ ورقَه وأطرافَه. وقال العلَّامةُ الشيخُ نصر الهُورِيني: «القَضْبُ: هو المُسمَّىٰ في مصر بالبِرْسِيم الحِجَازِيّ». ينظر حاشية: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢/٢٥/ مادة: رطب]، و«المعجم الوسيط» [٢/٣٩٩].

وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَم ، فَخاطهُ قَباءَ ، فَإِنْ شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ، لا يُجاوِزُ به دِرْهمًا قيل: مَعْنَاهُ القُرطَق الذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلَ اسْتِعْمَالَ القِبَاءِ ،

غاية البيان

قولُه: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ ، فَخَاطَهُ قَبَاءَ ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْقَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ دِرْهَمًا) ، وهذهِ منْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ دفَع إلىٰ خيَّاطٍ ثوبًا ليَقْطَعَهُ قميصًا ، ويَخِيطَه بدرهم ، فقطَعَه قَبَاءً ، وخاطَه ، وهوَ يُصَدِّقُه ، قالَ: إن شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثوبه ، وإنْ شاءَ أخَذَ القَبَاءَ ، وأعطاه أجْرَ مِثْلِه ، ولا يُجاوِزُ بهِ ما سمَّىٰ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «يُرِيدُ بهِ: القُرْطَق[2] الذي هوَ ذو طاقٍ واحدٍ يَعْتادُ لُبْسَه التُّرْكُ.

ورَوَىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه ليسَ لهُ أنْ يَأْخُذَ الثوبَ ، بلْ يَتْرُكَ الثوبَ ويُضَمِّنَه القِيمَةَ ؛ لأنَّه لَمَّا خاطَه قَبَاء بدونِ إِذْنِ المالكِ ؛ صارَ غاصبًا ، وانقطعَ حقُّ المالكِ بالخِياطةِ ، فكانَ ضامنًا ؛ لأنَّ القَبَاءَ غيرَ جنسِ القَمِيصِ ، فلَمْ يَتَناوَلْهُ الأمرُ أصلًا».

وَجْهُ ظاهرِ الروايةِ: أنَّ هذا يُشْبِهُ القَمِيصَ مِن وَجْهٍ ؛ لأنَّ الأتراكَ يَسْتَعْمِلُونَه استعمالَ القَمِيصِ ، فكانَ موافقًا مِنْ وَجْهٍ ، مخالِفًا مِنْ وَجْهٍ ، فإنْ شاءَ مالَ إلىٰ جانبِ الوِفاقِ وأخَذَ الثوبَ ، وإنْ شاءَ مالَ إلىٰ جانبِ الخلافِ وضَمَّنَه القِيمَةَ ، وإذا أخَذَ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٧].

(٢) القُرْطَقُ: كجُنْدَب ، وهو قَبَاء ذو طاقٍ واحد. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١٧١/٢] . و«تاج العروس» للزَّبِيدي [٣٣٦/٢٦/ مادة: قرطق].

[١٠٦/ب] وَقِيلَ: هُوَ مُجْرَىٰ عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي الْمَنْفَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِأَنَّ الْقِبَاءَ خِلَافُ جِنْسِ الْقَمِيصِ.

الثوبَ أعطاه أجْرَ مثلِه، لَا يُجاوزُ بهِ المُسمَّىٰ؛ لأنَّ الخَيَّاطَ رَضِيَ بالمُسمَّىٰ، فلَا يُزادُ عليه.

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في بابِ الرَّجُلِ يستَصْنِعُ الشيءَ مِنْ «**مختصرِ الكافي**»: «ولوْ أسلمَ ثوبًا إلىٰ خيَّاطٍ، وأمَرَه أنْ يخِيطَه قميصًا بدرهمٍ، فخاطَه قَبَاءً؛ فلصاحبِ الثوبِ أنْ يُضَمِّنَه قِيمَةَ ثوبِه، وإنْ شاءَ أخَذَ القَبَاءَ، وأعطاه أجْرَ مثلِه، لَا يُجاوزُ بِهِ المسمَّىٰ»(١).

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**»: «وهذا إذا كانَ قَبَاءً يُسْتَعْمَلُ استعمالَ القَمِيصِ إذا زَرَّه، واستعمالَ القَبَاء إذا [٤٩٩/٢ظ] حلَّه؛ لأنَّه خالفَه وصفًا فيتَخَيَّرُ، أمَّا إذا شقَّه وجعَلَه قَبَاءً؛ يَجِبُ عليه ضمانُه، ولا يتَخَيَّرُ؛ لأنَّه آتلفَه بالشَّقِّ مِنْ غيرِ إِذْنِ المالِك، وتعذَّرَ نَقْلُ الفعلِ إليه؛ لأنَّه لمْ يَأْمُرْهُ بهِ، فأوْجَبْنا عليه الضَّمَانَ».

وقالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: **(وَقِيلَ: هوَ مُجْرًىٰ عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ)، أي:** جوابُ «**الجامعِ الصغيرِ**» في مُطْلَقِ القَبَاءِ، لَا في القَبَاءِ الذي هوَ القُرْطُقُ؛ لأنَّ القَبَاءَ والقَمِيصَ يتقارَبانِ في المَنْفَعَةِ، وذلكَ لأنَّه خلافٌ مِنْ وَجْهٍ، حيثُ لم يأتِ علىٰ الصفَةِ التي أمَرَه، ولكنْ ليسَ ذلكَ بخلافٍ مُسْتَتِمٍّ؛ لأنَّه يُنْتَفَعُ بِالقَبَاءِ بمِثْلِ ما يُنْتَفَعُ بِالقَمِيصِ؛ لأنَّه مِنْ جنسِه، وهوَ يُلْبَسُ، والقَبَاءُ يُلْبَسُ، ويُدْخَلُ اليدَانِ في الكُمَّيْنِ كما يُفْعَلُ بِالقَمِيصِ.

[٣١٥/٦و/م] فلَمَّا لَمْ يَكُنِ الخلافُ مُسْتَتِمًّا، كانَ صاحبُ الثوبِ بالخيارِ: إنْ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣١].

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَمِيصٌ مِنْ وَجْهٍ؛ فَإِنَّهُ يَشُدُّ وَسَطَهُ، وَيَنْتَفِعُ بِهِ انْتِفَاعَ القَمِيْصِ فَجَاءَتْ المُوَافَقَةُ وَالمُخَالَفَةُ فَيَمِيلُ إِلَىٰ أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرَ المِثْلِ لِقُصُورِ جِهَةِ المُوَافَقَةِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الدِّرْهَمَ المُسَمَّىٰ كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِي سَائِرِ الإِجَارَاتِ الفَاسِدَةِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

شاءَ أَخَذَ بالوجهِ الذي خالَفَه، وإنْ شاءَ أَخَذَ بالوجهِ الذي لم يُخَالِفْه وأعطاه الأجرَ، وإنَّما يُعْطِيه أجْرَ المِثْلِ؛ لأَنَّه غَيَّرَ عليه العملَ، فيُغَيِّرُ عليه الأَجْرَ.

وهذا كما قالُوا في رَجُلٍ استأجرَ حائكًا، واشترطَ عليه رقيقًا، فجاءَ صَفِيقًا، أو اشترطَ عليه صَفِيقًا، فجاء رقيقًا. كذا قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**».

أوْ نَقُولُ: إنَّما وجَبَ أَجْرُ المِثْلِ دونَ المُسمَّىٰ؛ لأنَّ[1] صاحبَ الثوبِ إنَّما رَضِيَ بالمُسمَّىٰ عندَ حصولِ المقصودِ مِنْ كلِّ وَجْه ولمْ يَحْصُلْ، ثُمَّ إذا اختلفَ الخَيَّاطُ وربُّ الثوبِ، فقالَ ربُّ الثوبِ: أمرتُك بقميصٍ، وقالَ الخَيَّاطُ: أمرتَنِي بِقَبَاءٍ؛ فالقولُ قولُ ربِّ الثوبِ، وسَيَجِيءُ بيانُه في بابِ الاختلافِ إن شاءَ اللهُ تعالىٰ.

وقالَ في «المغربِ»: «القُرْطُقُ: قَبَاءٌ ذو طاقٍ»[2]، وقيلَ: إنَّه تعريبُ: «كُرْتَه»، والمرادُ الذي يلْبِسُه الأتراكُ مكانَ القَمِيصِ، ويُقَالُ لهُ بالفارسيةِ: «يَكْتَهِي»[3]، وكانَ سماعُنا بفَتْحِ الطاءِ[4] في «القُرْطَق» في «**الهداية**».

(١) وقع بالأصل: «أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/١٧١].
(٣) هكذا ضبَطه بالشكل في: «س».
(٤) فيكون علىٰ مثال «جَعْفَر»، وبذلك ضبطه: صاحب «المصباح»، وقد استغربه صاحب «التاج». ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٤٩٨/ مادة: قرطق]. و«تاج العروس» للزَّبيدي [٢٦/٣٣٧/ مادة: قرطق].

ولوْ خَاطَهُ سَرَاوِيلَ وقدْ أَمَرَ بِالْقَبَاءِ، قِيلَ: يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْمَنْفَعَةِ، ....

غاية البيان

وهكذا كانَ تصحيحُ الإمامِ حافظِ الدِّينِ الكبيرِ البُخَارِيِّ، ولكنْ حَفِظْناه في كتابِ «مقدمةِ الأدبِ»(١) سماعًا عنِ الثقاتِ: بضمِّ الطاءِ، ولهما وَجْهٌ؛ لأنَّه لَمَّا كانَ مُعَرَّبًا تلاعبَتْ بهِ الأَلْسِنَةُ كما شاءَتْ(٢)، ولمْ يَذْكُرْه في القوانينِ: كـ«الديوانِ» و«الصحاحِ»، و«المجْملِ»، وغيرِ ذلكَ؛ لكونِه مُعَرَّبًا.

قولُه: (ولوْ خَاطَهُ سَرَاوِيلَ وقدْ أَمَرَ بِالْقَبَاءِ، قِيلَ: يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِلتَّفَاوُتِ فِي الْمَنْفَعَةِ)، ذكرَ هذا تفريعًا على ما تقدَّمَ.

وقالَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ ﷺ في «كفايتِه»: «قالُوا: لوْ قطعَه سَرَاوِيلَ؛ لَا يَجِبُ الأَجْرُ، إلَّا أنَّ الروايةَ تُخالِفُ هذا». إلى هنا لفْظُه.

وقالَ في «الإيضاحِ»: «وكانُوا يَقُولُونَ: لوْ قطعَه سَرَاوِيلَ لم يَجِبْ لهُ الأجْرُ؛ لأنَّه نوعٌ آخرُ مِنَ المَنْفَعَةِ، فلَمْ يُوجَدِ المعقودُ عليه»(٣).

قالَ: «والروايةُ تُخالِفُ هذا، فإنه رُوِيَ عنْ محمدٍ ﷺ: أنَّه لوْ دفعَ شَبَهًا(٤) إلى رَجُلٍ ليضربَ لهُ طسْتًا، فضربَه كُوزًا، فإنْ شاءَ ضمَّنَه مِثْلَ شَبَهِه، وإنْ شاءَ أخذَه وأعطاه أجْرَ مِثْلِه فيما عَمِلَ، فكذا في السَّرَاوِيلِ يَجِبُ أنْ يَكُونَ كذلكَ».

---

(١) ينظر: «مقدمة الأدب» للزمخشري [ص/٦٢].

(٢) قال العَيْني ﷺ ـ بعدما ذَكَر كلامَ المؤلِّف هنا ـ «قلت: ينبغي أن يكون بالفتح؛ لأنه تعريب «كُرْتَه» كما ذكرنا، وهو مفتوح التاء، فلمَّا عرَّبوه قلَبوا التاءَ طاءً، ولا يلزم منه تغيير الحركة أيضًا، فافهم». ينظر: «البناية شرح الهداية» للعَيْني [٢٦٦/١٠].

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» [٢٢٠/٤]، «البناية شرح الهداية» [٢٦٨/١٠].

(٤) الشَّبْهُ والشَّبَهُ: النُّحاس يُصْبَغُ فيَصْفَرُّ. قال ابن سيده: سُمي به؛ لأنه إذا فُعِلَ ذلك به أَشْبَهَ الذهب بلونه، والجمع أَشْباهٌ. ينظر: «لسان العرب» [٥٠٥/١٣]، «مختار الصحاح» [١٣٨]، «القاموس المحيط» [١٦١٠].

وَالْأَصَحُّ أَنَّه يُخَيَّرُ لِلِاتِّحَادِ فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ بِضَرْبِ طِسْتٍ مِنْ شَبَةٍ فَضَرَبَ مِنْهُ كُوزًا، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هَذَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قولُه: (وَالْأَصَحُّ أَنَّه يُخَيَّرُ لِلِاتِّحَادِ فِي أَصْلِ الْمَنْفَعَةِ)، أي: يُخَيَّرُ المستعملُ: فإنْ شاءَ ضَمَّنَ الخَيَّاطَ قِيمَةَ الثوبِ الذي دفعه إليه، ولا أجْرَ عليه، وإنْ شاءَ أخَذَ المَخِيطَ، وأعطاه أجْرَ مِثْلِه، ولا يُجاوِزُ بِهِ المُسمَّىٰ.

وقالَ القُدُورِيُّ ﷺ في شرحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «رَوَىٰ هشامٌ عنْ محمدٍ: في رَجُلٍ دفَعَ إلىٰ رَجُلٍ شَبَهًا ليضْرِبَ لهُ طسْتًا [موصوفًا][1] معروفًا، فضرَبَها كُوزًا[2] [٦/٣١٥ظ/م]، قالَ: إنْ شاءَ ضَمَّنَه مِثْلَ شَبَهِه، ويَصِيرُ الكُوزُ للعاملِ، وإنْ شاءَ أخَذَه وأعطاه مِثْلَ أجْرِ عملِه، لَا يُجاوِزُ بِهِ المُسمَّىٰ؛ وذلكَ لأنَّ العقدَ وقَعَ علىٰ الضربِ، والصناعةُ صفةٌ، وقدْ فعلَ المعقودَ عليه، وخالَفَ في صفتِه، فثَبَتَ للمُسْتعملِ الخيارُ.

وإنَّما وجَبَ أجْرُ المثلِ؛ لأنَّ المستعملَ لم يَرْضَ بدَفْعِ المُسمَّىٰ إلَّا علىٰ مَنْفَعَةٍ موصوفةٍ لمْ تُسلمْ لهُ بكمالِها، وإنَّما لَا يُجاوِزُ بِهِ المُسمَّىٰ؛ لأنَّ الصَّانِعَ رَضِيَ بِهِ بدلًا عنِ المَنْفَعَةِ المقصودةِ، فلَا يَجُوزُ أنْ يسْتَحقَّ فيما دونَها أكثرَ منه»[3].

واللهُ ﷻ أعلمُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) الكوز: كلمة عربية صحيحة، وتعني إناء يُشرب فيه وله عروة، وإذا كان بلا عروة فهو كوب، وجمعه كيزان وأكواز وكوزة بوزن عنبة، مثل: عود وعيدان وأعواد وعودة.
ينظر: «تاج العروس» [١٥/٣٠٨]، «تهذيب اللغة» [١٠/١٧٥]، «لسان العرب» [٥/٤٠٢ ـ ٤٠٣].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٢٢٩].

بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

قَالَ: الْإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوط كَمَا تُفْسِدُ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّهُ بمنزلته، ألا ترى

بَابُ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ

لَمَّا ذكر الْإِجَارَةَ الصحيحة [٢/٥٠٠و]: شرَعَ في بيانِ الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ؛ إِذْ هيَ ممَّا يُحْتَاجُ إلىٰ بيانِها، وقدَّمَ الأولَ؛ لأنَّ أمورَ المسلمينَ محمولةٌ علىٰ الصحةِ دونَ الفسادِ، فكانَ ذِكْرُ الصحيحِ أوّلًا أَوْلَىٰ، ولأنَّ الصحيحَ مشروعٌ بأصْلِه ووَصْفِه، والفاسدُ مشروعٌ بأصْلِه دونَ وَصْفِه، فكانَ تقديمُ الصحيحِ لكونِه مشروعًا من كلِّ وَجْهٍ أَوْلَىٰ.

قولُه: (**قَالَ: الْإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ الْبَيْعَ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[١]، وذلكَ لأنَّها عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ مختصَّةٍ[٢] تُقالُ وتُفْسَخُ، فكانَتْ كَالبَيْعِ، فكلُّ ما أفسدَ البَيْعَ أفسدَها، وأرادَ بالشروطِ: شروطًا لَا يَقْتَضِيها العقدُ، لَا كلَّ شَرْطٍ كما في البَيْعِ، ولهذا إذا استأجرَ دَابَّةً إلىٰ بغدادَ بشرطِ أَنْ يُعْطِيَه الأجْرَ إذا رَجَعَ مِنْ بغدادَ صحَّ، وليسَ لهُ المطالبةُ بالأجرِ إلىٰ أَنْ يَرْجِعَ إلَّا إذا ماتَ ببغدادَ، فحينئذٍ لهُ أنْ يأخُذَ أجرَ الذهابِ.

وكذا لوِ استأجرَ رجلًا ليعْمَلَ لهُ هذا العملَ بدرهمٍ، وشرَطَ عليه أنْ يفرغَ منه اليومَ، جازَ بالاتفاقِ، بخلافِ ما لوِ استأجرَ ليَعْمَلَ لهُ هذا العملَ اليومَ عندَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

(٢) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النسخ: «محضة». بدل: «مختصة». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«ج»، و«س».

أَنَّهُ عقد . . . .

أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه[١]. كذا في «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

والشروطُ التي تُفْسِدها:

كاشتراطِ تَطْيينِ الدارِ ومَرَمَّتِها، أوْ تعليقِ بابٍ عليها، أو إدخالِ جذْعٍ في سَقْفِها علىٰ المُسْتَأْجرِ، وكذلكَ اشتراط كَرْيِ نهَرٍ في الأرضِ، أو ضَرْبِ مُسَنَّاةٍ عليها، أوْ حَفْرِ بئرٍ فيها، أو أنْ يُسَرْقِنَها[٢] علىٰ المُسْتَأْجِرِ.

وكذلكَ اشتراط رَدِّ الأرضِ مَكْروبةً[٣]، كلُّ ذلكَ يُفْسِدُ الْإِجَارَة؛ لأَنَّه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر، وأنها مجهولة غير مَعْلُومَة، وجهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقي فتفسد بهِ الْإِجَارَة.

وكذلكَ إذا استأجرَ رحَىٰ ماءٍ علىٰ أنَّه إنِ انقطَعَ الماءُ عنها فالأجْرُ عليه؛ لَا يَجُوزُ؛ لأنَّ قضيةَ العقدِ ألَّا تَجِبُ الأُجرةُ إلَّا عندَ التمَكُّنِ مِنَ الانتفاعِ، فإذا شرَطَ الأُجرةَ مع عدمِ التمَكُّنِ؛ فقد غيَّرَ مقتضىٰ العقدِ [٣١٦/٦و/م]، فقلْنا بانعدامِ الصحةِ.

وكذلكَ إذا تَكَارَىٰ دَابَّةً إلىٰ بغدادَ علىٰ أنَّه إنْ رَزَقَه اللهُ تعالىٰ مِنْ بغدادَ شيئًا، أوْ رزَقَه مِنْ فلانٍ شيئًا؛ أعطاه مِنْ ذلكَ شيئًا، فهذا فاسدٌ؛ لأنه[٤] تعليقُ الأُجرةِ بالخطَرِ؛ لأنَّه لَا يُدْرَىٰ أيُرْزَقُ أمْ لا، ففسَدَ بهِ العقدُ، وعليه أجْرُ مِثْلِها فيما ركبَ، وإنْ تكارَاها إلىٰ بغدادَ علىٰ أنَّها إنْ بلَّغَتْه بغدادَ فله أجْرُ عشرةِ دراهمَ، وإلَّا فلَا شيءَ لهُ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وعليه أجْرُ مثلِها بقَدْرِ ما سارَ عليها؛ لأنَّ قضيةَ العقدِ

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٣٨].

(٢) يقال: سَرْقَنَ الأرضَ، إذا سمَّدَها بالسِّرْقِين، هو الزِّبْل، ويُقال له أيضًا: السِّرجِين، بالجيم. ينظر: «المعجم الوسيط» [٤٢٨/١].

(٣) الأرضُ المَكْروبةُ: هي المُثَارة للحَرْث. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٧١٥/١/ مادة: كرب].

(٤) وقع بالأصل: «لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بقال ويفسخ وَالْوَاجِبُ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّىٰ.

أنْ يستحقَّ عليه الأجرَ في مقابلةِ ما سارَ، فإذا شرطَ ألَّا يستحقَّ؛ فقدْ غيَّر قضيةَ العقدِ، فيفسُدُ. كذا ذكَر شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي».

وكذلكَ لوِ استأجرَ عبدًا شهرًا بألفٍ، علىٰ أنَّه إنْ مَرِض عَمِلَ في الشهرِ الذي بعدَه بقَدْرِ الأيامِ التي مَرِضَ فيها؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ؛ لأنَّه لَا يُدْرَىٰ أيّ مقدارٍ مِنَ الشهرِ يَمْرضُ، وأنَّه يُخالِفُ مقتضىٰ العقدِ؛ لأنَّ مقتضاه: أن ينتهِيَ العقدُ بانقضاءِ الشهرِ، والشرطُ يُخَالِفُ ذلكَ؛ لأنَّه يُوجِبُ العملَ في الشهرِ الثاني بقَدْرِ المرضِ في الشهرِ الأوَّلِ.

وكذلكَ كلُّ شرْطٍ يُوجِبُ الجهالةَ يُفْسِدُ العقدَ.

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «إذا كانَ ما وقَع عليه عَقْدُ الْإِجَارَةِ مجهولًا في نفسِه، أوْ في أجْرِه، أو في مدةِ الْإِجَارَةِ، أوْ في العملِ المُسْتَأْجرِ عليه؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وكلُّ جهالةٍ تدْخُلُ في البَيْعِ تُفْسِدُه مِنْ جهةِ الجهالةِ؛ فكذلكَ هيَ في الْإِجَارَةِ»(١). إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

قولُه: (يُقَالُ)، مِنَ الإقالةِ، لَا مِنَ القَوْلِ.

قولُه: (وَالْوَاجِبُ فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُ الْمِثْلِ، لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّىٰ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»(٢).

اعلمْ: أنَّ فسادَ الْإِجَارَةِ إذا كانَ لعدمِ التَّسْمِيَةِ، أوْ لجهالةِ المُسمَّىٰ، بأنْ جعلَ الأُجرةَ ثوبًا، أوْ دَابَّةً؛ يَجِبُ أجْرُ المِثْل بالغًا ما بلَغَ، وإنْ كانَ المُسمَّىٰ معلومًا، ولكن فسدَتْ بسببِ شرْطٍ فاسدٍ ونحوِه؛ يَجِبُ الأقلُّ مِنْ أجْرِ المِثْلِ والمُسمَّىٰ،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٨].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيّ: يَجِبُ بَالِغًا مَا بَلَغَ، اعْتِبَارًا بِبَيْعِ الأَعْيَانِ.

غاية البيان

ولا يُجاوزُ بالأجرِ المُسمَّى.

وقالَ زُفَرُ ﷺ: يَجِبُ أجْرُ المِثْلِ بالِغًا ما بلَغَ، وبهِ قالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ[1].

لهما: أنَّ الْإِجَارَةَ بيعُ المَنَافِعِ [٢/٥٠٠ظ]، فيُعْتَبرُ بيعُ الأعيانِ، وفي بيعِ الأعيانِ إذا فسدَ تُعْتَبَرُ [القِيمَةُ بالغةً ما بلغَتْ، فكذا في بيعِ المَنَافِعِ ـ وهوَ الْإِجَارَةُ ـ إذا فسدَ يُعْتَبَرُ][2] [٦/٣١٦ظ/م] أجْرُ المِثْلِ بالغًا ما بلغَ.

ولنا: أنَّ المَنَافِعَ لَا قِيمَةَ لها في أنفسِها بحالٍ عندَنا.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: في الزانيةِ المُطاوعةِ.

وإنَّما تَتَقَوَّمُ المَنَافِعُ بعقْدٍ أوْ شُبْهةِ عَقْدٍ، فإذا لمْ تَتَقَوَّمْ في أنفسِها؛ وجَبَ الرجوعُ إلى ما قُوِّمَ العقدُ بهِ، وسقَطَ ما زادَ عليه؛ لأنَّهما رضيَا بإسقاطِ ذلكَ، بخلافِ الأعيانِ، فإنَّها مُتقوِّمةٌ في أنفسِها، فإذا سَقَطَ البدلُ المُسمَّى لفسادِ التَّسْمِيَةِ؛ وجبَتِ القِيمَةُ بالغةً ما بلغَتْ، ولأنَّ البدلَ في العقودِ بدَلانِ: مُسمًّى وقِيمَةٌ، ثُمَّ لَمَّا جازَ أنْ يردَّ المُسمَّى إلى القِيمَةِ ـ كما في المريضِ مرضَ الموتِ إذا اشترى أو استأجرَ بأكثرَ مِنَ القِيمَةِ وعليه دينٌ ـ جازَ أنْ يَرُدَّ القِيمَةَ، وهوَ أجْرُ المِثْلِ في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ إلى المُسمَّى.

ثُمَّ بعْدَ ذلكَ إذا كانَ أجْرُ المِثْلِ زائدًا على المُسمَّى لَا تَجِبُ الزيادةُ؛ لأنَّهما رضيَا بإسقاطِها، حيثُ سَمَّيَا الأقلَّ، وإنْ كانَ أجْرُ المِثْل ناقصًا عنِ المُسمَّى؛ لَا يَجِبُ قَدْرُ المُسمَّى، لفسادِ التَّسْمِيَةِ، بخلافِ البَيْعِ؛ فإنَّ الأعيانَ مُتقوِّمَةٌ في

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٥٤]. و«الغرر البهية في شرح البهجة الوردية» لزكريا الأنصاري [٣/٣٣٢]. و«بحر المذهب» للروياني [٧/١٦٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ».

ولنا: أنّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنفسِهَا، بلْ بِالْعقْدِ لِحَاجَةِ النَّاسِ إلَيْهَا، فَيُكْتَفَى بالضَّرُورة فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا، إلّا أنّ الْفَاسِدَ تَبعٌ لَهُ، وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً. لَكِنّهُمَا إذَا اتّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الْفَاسِدِ؛ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ، وإذا نقص أَجْرُ الْمِثْلِ لَمْ يَجِب زِيَادَةُ الْمُسَمَّى؛ لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلافِ الْبَيْعِ؛

غاية البيان

أنفسِها. وكانَ المُوجِبُ الأصْليُّ فيها القِيمَةَ، وإنَّما يُنْقَلُ عنِ القِيمَةِ إلى التسميةِ إذا صحَّتِ، وإذا فسدَتْ ـ كما في البيعِ الفاسدِ ـ يَجِبُ الرجوعُ إلى المُوجِبِ الأصليِّ وهوَ القِيمَةُ، فتَجِبُ بالغةً ما بلغَتْ.

وبهذا خرَجَ الجوابُ عمَّا يُقَالُ: بأنَّ ما يُضْمَنُ بالمُسمَّى في العقدِ الصحيحِ وجَبَ أنْ يُضْمَنُ بأجْرِ المِثْلِ في العقدِ الفاسدِ كالأعيانِ؛ لأنَّ الأعيانَ مُتقوّمةٌ في أنفسِها دونَ المَنَافِعِ.

ولَا يُقَالُ: المَنَافِعُ مُستوفاةٌ بحُكْمِ عَقْدٍ فاسدٍ، فيَجِبُ فيها أجْرُ المِثْل بالغًا [ما بلغَ][1]، كما لو استأجرَها بخمرٍ، أو خنزيرٍ؛ لأنَّ الخَمْرَ والخِنْزِيرَ لَا يَجُوزُ أن يُسْتحقَّا بالعقودِ، فلذلكَ وجَبَ أجْرُ المِثْلِ، بخلافِ الفرعِ.

قولُه: (وَلَنَا: أَنَّ الْمَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا، بلْ بِالْعَقْدِ لِحَاجَةِ النَّاسِ إلَيْهَا، فَيُكْتَفَى بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا، إلَّا أَنَّ الْفَاسِدَ تَبَعٌ لَهُ، وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، لَكِنَّهُمَا إذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الْفَاسِدِ؛ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ، وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ الْمِثْلِ لَمْ يَجِب زِيَادَةُ الْمُسَمَّى؛ لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ).

معناه: أنَّ المَنَافِعَ لَا تتقَوَّمُ بأنفسِها بحالٍ؛ لأنَّها أعراضٌ لَا بقاءَ لها، فكما تُوجَدُ تتلاشَى، ولا قِيمَةَ لِمَا لَا بقاءَ لهُ، ولكنَّها تقوَّمتْ بعقدِ الإِجَارَةِ؛ لضرورةِ دَفْعِ الحاجةِ عنِ الناسِ، والثابتُ بالضرورةِ يتقدَّرُ بقَدْرِ الضرورةِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّ العَيْنَ مُتَقَوِّمٌ فِي نَفْسِهِ(١) وَهُوَ المُوجِبُ الأَصْلِيّ، فَإِنْ صَحَّتْ التَّسْمِيَةُ انْتقل عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا.

غاية البيان

فكانَ يَنْبَغِي على هذا: أَلَّا تتقَوَّمُ المَنَافِعُ إِلَّا [٦/٣١٧ظ/م] في الْإِجَارَةِ الصحيحةِ دونَ الفَاسِدَةِ؛ لأنَّ الضرورةَ تَنْدَفِعُ بها، ولا حاجةَ إلى الفَاسِدَةِ، ولكنْ لَمَّا كانَ الفاسدُ تبعًا للصحيحِ ـ لأنَّ الفاسدَ لَا حُكْمَ لهُ في نفسِه، وإنَّما حُكْمُه مُسْتقى مِن الصحيحِ ـ؛ تقَوَّمَتِ المَنَافِعُ في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ [أيضًا](٢)، كما تقَوَّمَتْ في الْإِجَارَةِ الصحيحةِ، وهذا معنى قولُه: (**إِلَّا أَنَّ الْفَاسِدَ تَبَعٌ لَهُ**).

فعلى هذا: كانَ يَنْبَغِي أَنْ يُجْعَلَ البدلُ في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ ما يُجْعَلُ في الْإِجَارَةِ الصحيحةِ، وهوَ المُسمَّى لَا غيرَ، وهذا معنى قولِه: (**وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً**)، ولكنْ يُنْظَرُ إلى المُسمَّى: فإنْ كانَ أقلَّ مِنْ أجْرِ المِثْلِ يَجِبُ المُسمَّى، ولا تَجِبُ زيادةُ أجْرِ المِثْلِ؛ لأنَّهما أسقَطا الزيادةَ حيثُ اتفَقا على قدْرِ المُسمَّى، وهذا معنى قولِه: (**لَكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى مِقْدَارٍ فِي الْفَاسِدِ؛ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ**).

وإنْ كانَ المُسمَّى أكثرَ مِنْ أجْرِ المِثْلِ، ونقَصَ أجْرُ المِثْلِ عنه؛ يَجِبُ المِثْلُ، ولَا يَجِبُ زيادةُ قَدْرِ المُسمَّى؛ اعتبارًا لفسادِ التَّسْمِيَةِ، وهذا معنى قولِه: (**وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ الْمِثْلِ لَمْ يَجِبْ زِيَادَةُ الْمُسَمَّى**)، فافهمْ.

قولُه: (**فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا**)، أي: منَ الْإِجَارَةِ.

قولُه: (**انْتُقِلَ عَنْهُ**)، يَنْبَغِي أنْ يُقَالُ على صيغةِ المبْنِيّ للمفعولِ بالإسنادِ إلى الجارِ والمجرورِ، أي: انتقَلَ عنِ المُوجِبِ الأصليِّ الذي هوَ القِيمَةُ إلى المُسمَّى

(١) في حاشية الأصْل: «خ: متقومة في نفسها».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَمَنِ استأجرَ دَارًا كلّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ، فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ؛ لِأَن الأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ

إنْ صحَّتِ التَّسْمِيَةُ، وإنْ لمْ تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ لَا يَنْتَقِلُ عنِ المُوجِبِ الأصليِّ إلى المُسمَّىٰ، بلْ يَجِبُ المُوجِبُ الأصليُّ وهوَ القِيمَةُ، هذا معنىٰ قولِه: (وَإِلَّا فَلَا).

ويَجُوزُ أنْ يُقَالُ علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للفاعلِ؛ بأنْ يُسْنَدَ الفعلُ إلىٰ ضميرِ البدلِ، أي: إنْ صحَّتِ التَّسْمِيَةُ انتقَلَ البدلُ عنِ المُوجِبِ [٢/٥٠١و] الأصليِّ إلىٰ المُسمَّىٰ، وإلَّا فلَا.

وقالَ بعضُهم في «شرحِه»[(١)]: «معناهُ: انتقلَ إلىٰ التَّسْمِيَةِ علىٰ تأويلِ ذِكْرِ التَّسْمِيَةِ عنِ المُوجِبِ الأصليِّ»، وذاكَ ليسَ بشيءٍ؛ لأنَّ التَّسْمِيَةَ ليسَتْ بمنتَقِلةٍ علىٰ تقديرِ الصحةِ، بلْ هيَ المعتبرةُ المرادةُ المستقرةُ في مكانِها، ولا انتقالَ لها إلىٰ شيءٍ آخرَ.

قولُه: (وَمَنِ استأجرَ دَارًا كلّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ، فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[(٢)].

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَجُوزُ[(٣)]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[(٤)].

والأصلُ هنا: أنَّ صيغةَ العامِّ إذا لم يُمْكِنْ إجراؤُها علىٰ العمومِ؛ يُرادُ بهِ أخصُّ الخصوصِ، كما في قولِه تعالىٰ: ﴿وَمَا يَسْتَوِي ٱلْأَعْمَىٰ وَٱلْبَصِيرُ﴾ [فاطر: ١٩]، وهنا لَا يُمْكِنُ إجراءُ كلمةِ «كلّ» علىٰ العمومِ؛ لأنَّ جملةَ [٦/٣١٧ظ/م] الشهورِ ليسَتْ

---

(١) وهو الكاكي في «معراج الدراية في شرح الهداية».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٣].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٤٠٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٣٢]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٢٤٦].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣١١].

كُلَّ إِذَا دَخَلَتْ فِيْمَا لَا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَىٰ الوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِالعُمُومِ فَكَانَ الشَّهْرُ الوَاحِدُ مَعْلُومًا فَصَحَّ العَقْدُ فِيْهِ، وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الإِجَارَةَ لِانْتِهَاءِ العَقْدِ الصَّحِيحِ.

وَلَوْ سَمَّىٰ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ صَارِتْ مَعْلُومَةً.

غاية البيان

بمعلومةٍ، حتىٰ إذا سُمِّيَتْ جُمْلَتُها وعُلِمَتْ صحَّ العقدُ.

وإنَّما صحَّ في شهرٍ واحدٍ؛ لأنَّه معلومٌ لَا جهالةَ فيه، والمفْسِدُ هوَ الجهالةُ، ولأنَّه ذَكَر لجزءٍ معلومٍ مِنَ الجملةِ بدَلًا معلومًا، وأبعاضُها غيرُ مختلفةٍ؛ فوَجَبَ أنْ يَصِحَّ العقدُ في ذلكَ إذا كانَ ممَّا يَصِحُّ إفرادُه بالعقدِ، كما لوْ باعَ صُبْرَةً كلَّ قَفِيزٍ بدرهمٍ، ولا يَلْزَمُ علىٰ هذا إذا ذكرَ مدةً لم يُوَقِّتْها، كما إذا قالَ: آجرتُك مدةً بعشرةٍ؛ لأنا احترَزْنا عنه بقولِنا: لجزءٍ معلومٍ منها؛ لأنَّه غيرَ معلومٍ منها، ولا يَلْزَمُ إذا قالَ: بِعْتُك هذا القطيعَ مِنَ الغَنمِ كلَّ شاةٍ بدرهمٍ؛ لأنَّا احترَزْنا عنه بقولِنا: والأبعاضُ غيرُ مختلفةٍ؛ إذِ الغنمُ تَخْتَلِفُ، وكذلكَ العبيدُ، ولا يَلْزَمُ إذا قالَ: بِعْتُك هذا الدَّنَّ[1] مِنَ الخَمْرِ، أوِ الدمَ كلَّ رَطْلٍ بدرهمٍ، حيثُ لَا يَجُوزُ في رطلٍ واحدٍ أيضًا؛ لأنَّه لَا يَجُوزُ إفرادُه بالعقدِ.

فَإِنْ قيلَ: لَمَّا صحَّ العقدُ في الأصلِ؛ صحَّ في الجميعِ، فيَنْبَغِي أنْ يَكُونَ في الفرعِ كذلكَ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ ذلكَ؛ لأنَّ العقدَ لَا يَصِحُّ في الأصلِ أيضًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، إلَّا في قَفِيزٍ واحدٍ، فكانَ وِزَانَ مسألتِنا.

فإنْ قيلَ: كما أنَّ الشهرَ الأولَ معلومٌ، فكذلكَ الشهرَ الثانيَ معلومٌ، فَلِمَ خصَصْتُم الأولَ بصحةِ العقدِ عليه.

---

(١) الدَّنُّ: الجَرَّة الضخمة؛ للخمر والزيت ونحوهما. وقد تقدم التعريف بذلك.

قَالَ: فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي؛ صَحَّ الْعَقْدُ [١١٧/و] فِيهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَىٰ أَنْ يَنْقَضِيَ، وَكَذَلِكَ كُلّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ؛ لِأَنَّهُ تم

قلْنا: إنَّما اختصَّ الأولُ؛ لوجودِ جزءٍ منه وحصولِه، بخلافِ سائرِ الشهورِ، حتى إذا سكَنَ يومًا من الشهرِ الثاني؛ صحَّ العقدُ عليه أيضًا، والثالثُ والرابعُ مثلُه، فأمَّا إذا سمَّىٰ جملةَ الشهورِ؛ فإنه يَصِحُّ العقدُ في الجملةِ؛ لأنَّ المدةَ مَعْلُومَةٌ، والأُجرةُ مَعْلُومَةٌ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ).

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في **«شرحِ الكافي»**: «ولكلِّ واحدٍ منهما أن يَتْرُكَ الْإِجَارَةَ عندَ تمامِ الشهرِ؛ لأنَّ الْإِجَارَة انعقدَتْ علىٰ الشهرِ الأولِ، وإنَّما كانَ كذلكَ؛ لأنَّ كلمةَ «كلّ» تَقْتَضِي العمومَ في حقِّ الأفرادِ، فلوْ عَمِلْنا بعمومِها؛ لصَحَّحْنا الْإِجَارَةَ في مدةٍ مجهولةٍ، وأنَّه غيرُ مُمْكِنٍ، فحمَلْناه علىٰ الأدنىٰ، وهوَ شهرٌ واحدٌ؛ لأنَّه ثابتٌ يقينًا ولا جهالةَ فيه؛ لأنَّ الوقتَ الذي يَلِي زمانَ العقدِ مُتعَيِّنٌ بحُكْمِ العقدِ.

فيُعْتَبَرُ ابتداءُ المدةِ مِنْ ذلكَ الوقتِ إلىٰ تمامِ الشهرِ، فإذا دخَل الشهرُ الثاني انعقدَتْ فيه الْإِجَارَةُ ثانيةً عمَلًا بقضيةِ العمومِ، وانتفاءِ الجهالةِ، وهكذا الحُكْمُ في كلِّ شهرٍ إلىٰ أنْ تُفْسَخَ الْإِجَارَةُ، واللهُ أعلمُ.

[٣١٨/٦و/م] **قولُه: (قَالَ: فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي؛ صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَاجِرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَىٰ أَنْ يَنْقَضِيَ، وَكذلكَ كُلّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ)،** أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في **«مختصرِه»**(١).

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٣].

العَقْدُ بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكْنَىٰ فِي الشَّهْرِ الثَّانِي، ....

غاية البيان

قالَ في قِسْمِ «المبسوطِ» مِنَ «الشاملِ»: «آجَرَ كلَّ شهرٍ بكذا، لكلِّ واحدٍ تَرْكُها عندَ تمامِ الشهرِ، فإنْ سكَنَها مِنَ الشهرِ الثاني يومًا؛ فليسَ لهُ التركُ». إلىٰ هنا لَفْظُ «الشامل».

اعلمْ: أنَّ مشايخَنا ﷺ اختلفُوا في وَقْتِ الفَسْخِ [٥٠١/٢ظ] بعدَ تمامِ الشهرِ، قالَ بعضُهم: لكلِّ واحدٍ منهما حقُّ الفَسْخِ حينَ يَتِمُّ الشهرُ الأولُ، أَعْنِي: حينَ يهلُّ الهلالُ حتىٰ إذا سكَنَ مِنَ الشهرِ الثاني ساعةً لَا يَبْقَىٰ حقّ الفَسْخِ بعدَ ذلكَ، وإليه ذهبَ القُدُورِيُّ وبعضُ مشايخِنا ﷺ(١).

وقالَ الصدرُ الشهيدُ في «الواقعاتِ» في بابِ الْإِجَارَةِ الجائزةِ بعلَامةِ السِّين(٢): «والصحيحُ أنْ يَفْسَخَ في الليلةِ الأُولىٰ، واليومِ الأولِ مِنَ الشهرِ الثاني(٣) والثالثِ، فإنَّ خيارَ الفَسْخِ إنَّما يَثْبُتُ في أولِ الشهرِ، وأَولُ الشهرِ هذا».

وقالَ بعضُ مشايخِنا: لهُ الفَسْخُ في الليلةِ الأُولىٰ ويومِها، واختارَه

---

(١) وفي «التصحيح»: قال في «الجوهرة» و«التبيين»: هذا قول البعض، أما ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولىٰ من الشهر ويومها، وبه يفتىٰ، قال القاضي: وإليه أشار في ظاهر الرواية، وعليه الفتوىٰ. ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩٤/٩]، «الاختيار لتعليل المختار» [٥٨/٢]، «تبيين الحقائق» [١٢٢/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٦٩/١]، «البناية شرح الهداية» [٢٧٢/١٠]، «درر الحكام» [٢٣٢/٢]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٦]، «اللباب في شرح الكتاب» [٩٩/٢].

(٢) يعْنِي بـ: «علَامة السين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «فتاوىٰ أهل سمرقند». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٣) وقع بالأصل: «مِن الشهر، والثاني». والمثبت من: «ج»، وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق٢٩٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

إِلَّا أَنَّ الذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ هُوَ القِيَاسُ، وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ المَشَايِخِ ﷭، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنْ يَبْقَى الخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الأُولَى مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي وَيَوْمَهَا؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الأَوَّلِ بَعْضُ الحَرَجِ.

وَإِنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ، وَإِنْ لم يُسَمِّ قِسْطَ كلِّ شَهْرٍ مِنَ الأُجْرَةِ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كَإِجَارَتِهَا شَهْرٌ وَاحِدٌ فَإِنَّهُ جَائِزٌ

غاية البيان

صاحبُ «الهدايةِ» ﵀.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرحِ الكافي»: «والصحيحُ أنّه يَفْسَخُها في اليومِ الأولِ، أوِ الليلةِ الأُولى مِنَ الشهرِ الثاني؛ لأنَّ ما دونَ اليومِ أوِ الليلةِ ليسَ بمضبوطٍ ولا مُقدَّرٍ حتى يَجِبَ في مقابلتِه أُجرةٌ، فإذا دخَلَ زمانٌ يستحقُّ في مقابلتِه أُجرةً؛ يتأكَّدُ العقدُ في الشهرِ الثاني، فيَمْتَنِعُ الفَسْخُ، وإليه أشارَ في الكتابِ بقولِه: إنْ سَكَنَها يومًا أو يوميْنِ». إلى هنا لَفْظُه ﵀.

ثُمَّ إذا فسخَ أحدُهما الْإِجَارَةَ مِنْ غيرِ مَحْضرِ صاحبِه؛ هل يَصِحُّ؟ مِنْ مشايخِنا مَنْ قالَ: إنَّه على الخلافِ، في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﵄: لَا يَصِحُّ، وعلى قولِ أبي يوسفَ ﵀: يَصِحُّ، ومنهم مَنْ قالَ: لَا يَصِحُّ الفَسْخُ هنا إلَّا بمَحْضرٍ مِن صاحبِه بلَا خلافٍ. كذا في «الذخيرةِ».

قولُه: (ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ)، أرادَ بهِ: «مختصرَ القُدُورِيِّ».

قولُه: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ، وَإِنْ لم يُسَمِّ قِسْطَ كلِّ شَهْرٍ مِنَ الأُجْرَةِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﵀ في «مختصرِه»[1]، وذلكَ لأنَّها مدةٌ صحَّتِ الْإِجَارَةُ فيها، فلَمْ تَقِفْ صحةُ العقدِ على تقسيطِ الأُجرةِ على أجزائِها كالشهرِ الواحدِ، وعلى هذا إذا آجَرَ دارَه سنينَ مَعْلُومَةً صحَّ وإنْ لم يذْكرْ قِسْطَ كلِّ سَنَةٍ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٣ - ١٠٤].

وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ يَوْمٍ، ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ ممَّا سَمَّىٰ، وَإِنْ لم يُسَمِّ شَيْئًا فهوَ مِنَ الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ؛ لِأَنَّ الْأَوْقَاتَ كُلَّهَا فِي حَقِّ الْإِجَارَةِ عَلَى السَّوَاءِ فَأَشْبَهَ الْيَمِين، بِخِلَافِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ اللَّيَالِيَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ.

قال [٦/٣١٨ظ/م] القُدُورِيُّ في شرحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه على القولِ الذي يُجوِّزُ الْإِجَارَةَ أكثرَ مِنْ سَنَةٍ: لَا يَجُوزُ حتى يُبَيِّنَ حِصَّةَ كلِّ سَنَةٍ[(١)]».

لنا: أنَّها مدةٌ مَعْلُومَةٌ ذكرَ لها أُجرةً مَعْلُومَةً فجازَ، وإنْ لمْ يُفَصِّلْ أُجْرةَ كلِّ جُزءٍ منها، كالسَّنَةِ الواحدةِ إذا لم يُبَيِّنْ حِصَّةَ كلِّ شهرٍ[(٢)].

قولُه: (ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ ممَّا سَمَّىٰ، وَإِنْ لم يُسَمِّ شَيْئًا فهوَ مِنَ الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ)، يَعْنِي: إنِ ابتدأَ مدةَ الْإِجَارَةِ يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتٍ وقعَتْ عليه التَّسْمِيَةُ، كما إذا آجَرَ دارَه في رمضانَ رَجُلًا، وهما في رجبٍ، يُعْتَبَرُ ابتداءُ المدةِ مِنْ غُرَّة رمضانَ.

وعندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: لَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ حتىٰ يَكُونَ ابتداءُ المدةِ عَقِيبَ العقدِ[(٣)].

لنا: أنَّه عَقَدَ الْإِجَارَةَ علىٰ مِلْكِه مدةً مَعْلُومَةً بأُجرةٍ مَعْلُومَةٍ، فوَجَبَ أنْ يَصِحَّ، كما لوْ آجَرَه في الشهرِ الحاضرِ وإنْ لم يُسَمِّ شيئًا بعَيْنِه، بلْ ذكَرَ شهرًا مطلقًا، أو سَنَةً مُطْلَقَةً، فابتداءُ المدةِ مِنْ وَقْتِ العقدِ؛ لأنَّه حُكْمٌ تعلَّقَ بمدةٍ مُطْلَقَةٍ لَا علىٰ وجْه القُرْبةِ، فكانَ ابتداؤُها عَقِيبَ السببِ، كمُدةِ الإيلاءِ، وكمَنْ حلَفَ لَا يكلِّمُ رَجُلًا شهرًا، وهذا معنىٰ قولِه: (فَأَشْبَهَ الْيَمِينَ)، وذلكَ لأنَّ الأوقاتَ كلَّها في حقِّ

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٤٠٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٣٣]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤/١٦٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/].

(٣) ينظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٨٧]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٤٦].

ثُمَّ إذا كانَ الْعَقْدُ حِينَ يُهِلُّ الْهِلَالُ ؛ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالْأَهِلَّةِ ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ . وَإِنْ كانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ ؛ فَالْكُلُّ بِالْأَيَّامِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسَفَ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ـ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسَفَ ـ: الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ، وَالْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ ؛ ....

غاية البيان

الْإِجَارَةِ سواءٌ؛ إذْ لَا منافاةَ بينَ الْإِجَارَةِ وبينَ وَقْتٍ ما أصلًا ، فلوْ لَمْ يُجْعَلْ ابتداءُ المدةِ مِنْ وَقْتِ العقدِ؛ لَمْ يَكُنْ بعضُ المُدَدِ أَولَىٰ مِنْ بعضِها ، فأدَّىٰ إلى إبطالِ العقدِ لجهالةِ المعقودِ عليه ، فوَجَبَ أنْ يُحْمَلَ علىٰ الوجهِ الذي يَصِحُّ معهُ العقدُ ؛ حَمْلًا لأمورِ المسلمينَ علىٰ الصلاحِ.

بخلافِ ما إذا وجَبَ الصومُ ، فإنَّه لَا يُعْتَبرُ ابتداؤُه مِنْ أولِ الشهرِ وهوَ الليلُ ؛ لأنَّ الليلَ ليسَ بمحلٍّ للصومِ ، وقدْ احترَزْنا عنهُ بقولِنا: لَا علىٰ وجْهِ القُرْبةِ.

قولُه: (ثُمَّ إِذَا كانَ الْعَقْدُ حِينَ يُهِلُّ الْهِلَالُ ؛ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالْأَهِلَّةِ ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الْأَصْلُ ، وَإِنْ كانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ ؛ فَالْكُلُّ بِالْأَيَّامِ [٢/٥٠٢و] عَنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسَفَ رحمه الله.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله ـ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسَفَ ـ: الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ، وَالْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ) ، ذكَرَ هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ رحمه الله.

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ رحمه الله»: «وإذا استأجرَ دارًا شهرًا ، فإنْ كانَ العقدُ حَصَلَ في غُرَّةِ الشهرِ ؛ وقَعَ ذلكَ علىٰ الأهِلَّةِ ، فإذا انسلَخَ ذلكَ الشهرُ انقضَتْ مدةُ الْإِجَارَةِ ووجبَتِ الأُجرةُ ، ولوْ كانَ العقدُ حصلَ في نصفِ الشهرِ ، أوْ بعدما مضَتْ أيامٌ مِنَ الشهرِ ؛ وقَع ذلكَ علىٰ ثلاثينَ [٦/٣١٩و/م] يومًا.

ولوِ استأجرَ دارًا سَنَةً ، فإنْ كانَ في غُرَّةِ الشهرِ ؛ وقَعَ علىٰ تلكَ السَّنَةِ بالأهِلَّةِ: اثنا عشرَ شهرًا ، وإنْ كانَ العقدُ في نصفِ السَّنَةِ أوْ بعدما مضَىٰ منها أيامٌ ؛ فإنَّ ذلك

. . . .

يَقَعُ على تلكَ السَّنةِ كلِّها بالأيامِ: ثلاثُ مئةٍ وستينَ يومًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وعندَهما: أحدَ عشرَ شهرًا بالأهلَّةِ، والشهرُ الواحدُ بالأيامِ، فيُحْسَبُ ما بقِيَ مِنَ الشهرِ الأولِ، فيَكُونُ مِنْ آخرِ السَّنَةِ»(١). إلىٰ هنا لفْظُ «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ** ﷺ».

قالَ في «الحَصْرِ» و«المختلفِ»(٢): «وعلىٰ هذا الخلافِ: العدَّةُ والأَجَلُ، وما يَجْرِي مجْرَىٰ ذلكَ».

ثُمَّ قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وذكرَ في كتابِ الإِجَارَاتِ قالَ: رَجُلٌ استأجرَ مِن رَجُلٍ دارًا سَنَةً بعدما مضىٰ مِنَ الشهرِ أربعةَ عشرَ يومًا، قالَ: يُكْمِلُ مِنَ الشهرِ الآخرِ ستةَ عشرَ يومًا، وهذا غلطٌ.

والصحيحُ أنْ يُقالُ: يُكْمِلُ مِنَ الشهرِ الآخرِ أربعةَ عشرَ يومًا، إلَّا أنْ يَكُونَ قدْ بقِيَ منَ الشهرِ الأولِ أربعةَ عشرَ يومًا، فحينئذٍ يُكْمِلُ منَ الشهرِ الآخرِ ستةَ عشرَ يومًا، وهكذا ذكرَ في بعضِ الرواياتِ»(٣). إلىٰ هنا لفْظُ «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**».

وَجْهُ قولِهما: أنَّ الأصلَ في الشهورِ أنْ تُعْتَبَرَ بالأهلَّةِ إذا أمْكَنَ، قالَ تعالىٰ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩].

وقالَ ﷺ: «**صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ، فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكم الْهِلَالُ فَأَكْمَلُوا عِدَّةَ شَعْبَان ثَلَاثِينَ يَوْمًا**»(٤)، وقدْ أمْكَنَ الاعتبارُ بالأهلَّةِ في الشهورِ المتخلِّلةِ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٢٨٩].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥٩٩/٣].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٢٨٩].

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الصوم/ باب قول النبي ﷺ (إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا) [رقم/١٨١٠]، ومسلم في كتاب الصيام/ باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر=

. . . .

مُعْتَبَرُ فيها بالأهلَّةِ، وإنَّما يُصارُ إلىٰ العددِ عندَ تعذُّرِ الأصلِ، وقدْ تعذَّرَ اعتبارُ الأصلِ في الشهرِ الأولِ، فيُكْمِلُ بالأخيرِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّه يَجِبُ تكميلُ الشهرِ الأولِ بالشهرِ الذي يليه بالعددِ، فينتقِصُ الثاني أيضًا، ثُمَّ يُكْمِلُ هوَ بالثالثِ، ثُمَّ هكذا إلىٰ آخرِ السَّنَةِ، فيَجِبُ اعتبارُ العددِ دونَ الأهلَّةِ ضرورةً.

قولُه: (حِينَ يُهِلُّ الْهِلَالُ)، يَجُوزُ علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للفاعلِ، وعلىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ جميعًا.

قالَ في «الجمهرةِ»: «هلَّ الهلالُ وأهَلَّ، ودفعَ الأَصْمَعِيُّ «هَلَّ» وقالَ: لَا يُقَالُ إلَّا أَهَلَّ، وأَهْلَلْنا نحنُ إذا رأيْنا الهلالَ. وأجازَ أبو زيدٍ: أَهَلَّ الهلالُ»(١). هكذا كانَ لفْظُ نسخةِ «الجمهرةِ» المصحَّحةِ عندَ أبي سعيدٍ السِّيرافِيِّ التي وقَعَ نظرِي عليها.

وفَسَّرَ بعضُهم في «شرحِه» قولَه: (حِينَ يُهِلُّ الْهِلَالُ)، بقولِه: «أرادَ بهِ اليومَ الأولَ منَ الشهرِ» وفيه نَظَرٌ؛ لأنَّه ليسَ حين [٦/٣١٩ظ/م] يُهِلُّ الهلالُ، بلْ هوَ أولُ الليلةِ الأُولىٰ منَ الشهرِ، وهذا لأنَّه لَا منافاةَ بين الإِجَاراتِ والأوقاتِ، بلِ الأيامُ والليالي فيها سواءٌ، فلَا حاجةَ إلىٰ اعتبارِ ابتداءِ المدةِ مِنْ أولِ أيامِ الشهرِ، بلْ يُعْتَبَرُ مِنْ أولِ الشهرِ وهوَ ما قلْنا، بخلافِ الصومِ، فإنَّ الليلَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ محلًّا لهُ اعْتُبِرَ ابتداءُ الصومِ منْ أولِ الأيامِ(٢).

= لرؤية الهلال، وأنه إذا غم في أوله أو آخره أكملت عدة الشهر ثلاثين يومًا [رقم/١٠٨١]، من حديث أبي هريرة ﷺ به.

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/١٦٩].

(٢) قال السغناقي: أهل الهلال علىٰ ما لم يسم فاعله ولم يقل غير هذا، وكفىٰ به حجة، وكذا نص عليه=

لِأَنَّ الأَيَّامَ يُصَارُ إِلَيْهَا ضَرُورَةً، **وَهِيَ فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا**.

وَلَهُ أَنَّهُ مَتَىٰ تَمَّ الْأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ اِبْتَدَأَ الثَّانِي بِالْأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إِلَىٰ آخِرِ السَّنَةِ، **وَنَظِيرُهُ الْعِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ**.

قَالَ: وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الْحَمَّامِ وَالْحَجَّامِ أَمَّا الْحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ فَلَمْ تُعْتَبَرْ الْجَهَالَةُ لِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ ﷺ: «مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ

غاية البيان

قولُه: (وَهِيَ فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا)، أي: الضرورةُ إلىٰ اعتبارِ الشهرِ بالأيامِ في الشهرِ الأولِ مِنَ الشهورِ دونَ الباقي.

قولُه: (وَنَظِيرُهُ الْعِدَّةُ)، أي: نظيرُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ العدةُ. أي: مِن حيثُ الاعتبارُ بالشهورِ أو بالعَدَدِ.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ)، أي: مَرَّ بيانُ ذلكَ الاختلافِ في العِدّةِ في أولِ كتابِ الطلاقِ قريبًا مِن صفحتَيْنِ.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الْحَمَّامِ وَالْحَجَّامِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ [٢/٥٠٢ظ] ﷺ في «مختصرِه»[1].

أَمَّا الحَمَّامُ: فلأنَّ الناسَ في سائرِ الأمصارِ يَدْفعُونَ أُجرةَ الحَمَّامِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ مقدارُ ما يُسْتَعْملُ مِنَ الماءِ ليسَ بمعلومٍ، ولا مقدارُ القعودِ، فدلَّ إجماعُهم علىٰ جوازِ ذلكَ، وإنْ كانَ القياسُ يأْباهُ؛ لورُودِه علىٰ إتلافِ العينِ معَ الجهالةِ، قالَ ﷺ: **«مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا؛ فهوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ»**[2].

وَرُوِيَ في «السننِ»: مسندًا إلىٰ عَائِشَةَ ﵂: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ

= تاج الشريعة في «شرحه». ينظر: «البناية شرح الهداية» [١٠/٢٧٤].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

(٢) مضىٰ تخريجه.

اللهِ حَسَنٌ» وَأَمَّا الْحَجَّامُ فَلِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ احْتَجَمْ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ الْأُخْرَةَ. وَلِأَنَّهُ اِسْتِئْجَارٌ عَلَى عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا.

غاية البيان

دُخُولِ الحمَّام، ثُمَّ رَخَّصَ لِلرِّجَالِ أَنْ يَدْخُلُوهَا فِي الْمَيَازِرِ»[١].

وَرُوِيَ في «السنن» أيضًا: مُسْنَدًا إلى عبد الله بن عَمْرو: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قالَ: «**إِنَّهَا سَتُفْتَحُ لَكُمْ أَرْضُ الْعَجَمِ، وَسَتَجِدُونَ فِيهَا بُيُوتًا يُقَالُ لَهَا: الْحَمَّامَاتُ، فَلَا يَدْخُلَنَّهَا الرِّجَالُ إِلَّا بِالْأُزُرِ، وَامْنَعُوهَا النِّسَاءَ إِلَّا مَرِيضَةً أَوْ نُفَسَاءَ**»[٢].

وأَمَّا الحَجَّامُ: فَلِما رُوِيَ في «**صحيح البُخَارِيِّ**»: مسندًا إلى ابن عَبَّاسٍ ﵄ قالَ: «احْتَجَمَ النَّبِيُّ ﷺ وَأَعْطَى الحَجَّامَ أَجْرَهُ، ولوْ عَلِمَ كَرَاهِيَةً؛ لَمْ يُعْطِهِ»[٣]. وفي روايةِ «**السننِ**»: «ولوْ عَلِمَهُ خَبِيثًا لَمْ يُعْطِ»[٤].

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الحمام [رقم/٤٠٠٩]، والترمذي في كتاب الأدب عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في دخول الحمام [رقم/٢٨٠٢]، وابن ماجه في كتاب الأدب/ باب دخول الحمام [رقم/٣٧٤٩]، وأحمد في «المسند» [١٧٩/٦]، من طريق حَمَّاد بْن سَلَمَةَ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ شَدَّادٍ الأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي عُذْرَةَ، عَنْ عَائِشَةَ ﵂ به.

قال الترمذي: «هذا حديث، لا نعرفه إلا من حديث حماد بن سلمة وإسناده ليس بذاك القائم».

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الحمام [رقم/٤٠٠٩]، وابن ماجه في/ باب دخول الحمام [رقم/٣٧٤٨]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٣٠٨/٧]، من طريق عَبْد الرَّحْمَنِ بْن زِيَادِ بْنِ أَنْعُم، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ رَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرٍو ﵄ به.

قال الصدر المناوي: «وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفريقي، قال الذهبي: ضعَّفوه، وفيه أيضًا عبد الرحمن بن رافع التنوخي قاضي إفريقية، قال الذهبي فيه: هو عندهم منكر الحديث».

ينظر: «كشف المناهج والتناقيح في تخريج أحاديث المصابيح» للصدر المناوي [٧٦/٤].

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/ باب خراج الحجام [رقم/٢١٥٩]، ومسلم في كتاب المساقاة/ باب حل أجرة الحجامة [رقم/١٢٠٢]، من حديث ابن عَبَّاسٍ ﵄ به. واللفظ للبخاري.

(٤) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في كسب الحجام [رقم/٣٤٢٣]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٣٣٨/٩]، من حديث ابن عَبَّاسٍ ﵄ به.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ فَحْلاً لِينْزُو عَلَىٰ

وحدَّث صاحبُ «السنن» أيضًا في كتابِ البيوعِ والتجارةِ: مُسْنَدًا إلىٰ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، أنَّه قالَ: «حَجَمَ أَبُو طَيْبَةَ[1] رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَأَمَرَ لهُ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ»[2]، ولأنَّه عملٌ معلومٌ أُبِيحَ استيفاؤُه، فجازَ أخْذُ الأُجرةِ عليه كسائرِ الأعمالِ.

فَإِنْ قُلْتَ: حَدَّثَ صاحبُ «السنن»: بإسناده إلىٰ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ رضي الله عنه: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قالَ: «**كَسْبُ الْحَجَّامِ** [٦/٣٢٠و/م] **خَبِيثٌ، وَثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ**»[3]، **فما الجوابُ عنه؟**

قُلْتُ: لَا شكَّ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ احتجَمَ، ولوْ كانَ خبيثًا لم يُعْطِ الأجْرِ، فيُحْمَلُ حديثُ الخُبْثِ علىٰ الكراهةِ طبْعًا مِن طريقِ المروءةِ؛ لِمَا فيه مِنَ الخِسَّةِ والدَّناءةِ.

علىٰ أَنَّا نَقُولُ: إنَّ راوِيه ليسَ كابنِ عبَّاسٍ في الضبطِ والإتقانِ والفقهِ، فلَا يُعارِضُ الحديثُ حديثَ ابن عبَّاسٍ، فيُعْمَلُ بحديثِ ابن عبَّاسٍ دونَه.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «**مختصرِه**»[4].

---

(١) **أبو طَيْبَةَ الحجَّام**: مشهور بالكنية، لَمْ يُعْرَف له اسم. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومَن طلب حقًّا فليطلبه في عفاف [رقم/١٩٩٦]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في كسْب الحجام [رقم/٣٤٢٤]، من حديث أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رضي الله عنه به.

(٣) أخرجه: مسلم في كتاب المساقاة/ باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور [رقم/١٥٦٨]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في كسب الحجام [رقم/٣٤٢١]، من حديث رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ رضي الله عنه به.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

الإِنَاثِ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسَبَ التَّيْسِ» وَالْمُرَادُ أَخْذُ الْأَجْرِ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَلَا الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الْأَذَانِ وَالْحَجِّ، وَكَذَا الْإِمَامَةُ وَتَعْلِيمُ الْقُرْآنِ

غاية البيان

والأصلُ فيه: ما رُوِيَ في «الصحيح البُخَارِيِّ» و«السننِ»: مُسْنَدًا إلىٰ نَافِعٍ، عَنِ ابنِ عُمَرَ ﷺ قالَ: «نَهَىٰ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ»[1].

والمرادُ منه: استئجارُ الْفَحْلِ لِيُنْزِيَه؛ لأنَّه لَا يحْصُلُ النَّزْوُ إلَّا بنشاطِ الْفَحْلِ، وليسَ في يدِ العبدِ إحداثُ النشاطِ، فكانَ ذلكَ استئجارًا علىٰ عملٍ لَا يَقْدِرُ علىٰ تسليمِه المُؤْجِرُ، فلَا يَصِحُّ، ولأنَّ الأُجرةَ لوْ وجبَتْ؛ وجَبَتْ بمقابلةِ الماءِ المَهِينِ الذي لَا قِيمَةَ لهُ، وأخْذُ العِوَضِ بمقابلةِ ما لَا قِيمَةَ لهُ حرامٌ باطلٌ.

وفَسَّرَ في «الفائق»: عَسْب الفَحْلِ: بكِرَاء قَرْعِه[2]، فقالَ: «العَسْبُ: القَرْعُ، يقال: عَسَبَ الفَحْلُ الناقةَ يَعْسِبُها عَسْبًا. وقدْ سُمِّيَ ما يُؤْخَذُ عليه مِنَ الكِرَاءِ باسمِه، يُقَالُ: عَسَبْتُ الرجُلَ؛ إذا أعطيْتَه الكِرَاءَ علىٰ ضِرَابِ فَحْلِه»[3].

ثُمَّ قالَ في «الفائقِ»: «وعنْ قَتَادَةَ: أنَّه كَرِه عَسْبَ الْفَحْلِ لمنْ أخَذَه، ولمْ يَرَ بأسًا لمنْ أعطاهُ»[4].

قولُه: (قَالَ: وَلَا الِاسْتِئْجَارُ عَلَىٰ الْأَذَانِ وَالْحَجِّ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[5].

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (وَكَذَا الْإِمَامَةُ، وَتَعْلِيمُ الْقُرْآنِ، وَالْفِقْهِ)، يَعْنِي:

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/ باب عسب الفحل [رقم/٢١٦٤]، وأبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في عسب الفحل [رقم/٣٤٢٩]، من حديث نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ﷺ به.

(٢) قَرَعَ الفَحْلُ النَّاقَةَ يَقْرَعُها قَرْعًا وقِرَاعًا: إذا ضَربها، والقِرَاعُ: ضِرَابُ الفَحْل. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١١/٣٦٠/ مادة: قرع].

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٤٢٨/٢].

(٤) ينظر: المصدر السابق [٤٢٩/٢].

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٤].

وَالْفِقْهِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا الْمُسْلِمُ لَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِي: يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الْأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ اِسْتِئْجَارٌ

غاية البيان

أن الاستئجارَ على هذه الأشياءِ لَا يَجُوزُ عندَنا خلافًا للشَّافِعِيِّ[1].

وقالَ الحاكمُ في «مختصرِه الكافي»: «ولَا يَجُوزُ أنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلٌ رَجُلًا أنْ يُعَلِّمَ ولدَه القرآنَ، والفقهَ، والفرائضَ، أوْ يَؤُمَّهم في رمضانَ، أوْ يُؤَذِّنَ»[2].

ونَقَلَ في «خلاصةِ الفتاوىٰ» عنِ «الأصلِ»[3]: لَا يَجُوزُ الاستئجارُ على الطاعاتِ، كتعليمِ القرآنِ، والفقهِ، والأذانِ، والتذْكيرِ، والتدريسِ، والحجِّ، والغَزْوِ، يَعْنِي: لَا يَجِبُ الأَجْرُ.

وعندَ أهلِ المدينةِ: يَجُوزُ، وبه أخَذَ الشَّافِعِيُّ[4]، ونُصَيْرٌ، وعصامٌ، وأبو نصْرٍ، والفقيهُ أبو الليثِ رحمهم الله.

ثُمَّ قالَ في «خلاصة الفتاوىٰ [٢/٥٠٣و]»: «والحِيلةُ: أنْ يستأجرَ المُعَلِّمَ مدةً مَعْلُومَةً، ثُمَّ يأمُرَهُ بالتعليمِ»[5].

وذكَرَ في شرْحِ القُدُورِيِّ لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «ولَا يَجُوزُ الاستئجارُ على تعليمِ القرآنِ، ولا على تعليمِ الصنائعِ»[6].

(١) مذهب الشافعي: أن الاستئجار لإمامة الصلوات المفروضة، باطل، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الأصح. ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٣٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٨٧، ١٨٨].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٤٩].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/١٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٣/٣١٨]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٤/١٦٦]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٦/١٠٦].

(٥) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢١٩].

(٦) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧١].

عَلَىٰ عَمَلٍ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيِّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ. وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «اِقْرَءُوا الْقُرْآنَ [...] وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ» وَفِي آخِرِ مَا عَهِدَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ:

ثُمَّ وَجْهِ الشَّافِعِيِّ وأهلِ المدينةِ رضي الله عنهم: ما رَوَىٰ مالكٌ رضي الله عنه في «الموطأ»: عَنْ أَبِي حَازِمٍ(١) عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ رضي الله عنه: أَنَّ رَسُولَ [٦/٣٢٠ظ/م] اللهِ ﷺ جاءَتْهُ امْرَأَةٌ. فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا، فَقَامَ رَجُلٌ. فَقَالَ: زَوِّجْنِيهَا يَا رَسُولَ اللهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ؟» قَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا»، قَالَ: وَاللهِ لَا أَجِدُ شَيْئًا، قَالَ: «الْتَمِسْ ولَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»، فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟» قَالَ: نَعَمْ سُورَةُ كَذَا، وَسُورَةُ كَذَا، لِسُوَرٍ سَمَّاهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بما مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»(٢).

ولنا: ما رُوِيَ في «السننِ»: مُسْنَدًا إلىٰ مُطَرِّفِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ رضي الله عنه، قالَ: يَا رَسُولَ اللهِ اجْعَلْنِي إِمَامَ قَوْمِي، قالَ: «أَنْتَ إِمَامُهُمْ، وَاقْتَدِ بِأَضْعَفِهِمْ، وَاتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَىٰ أَذَانِهِ أَجْرًا»(٣).

---

(١) أبو حازم: هو سلمة بن دينار. ذكره مسلم في «الكنى». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م». وينظر: «الكنى والأسماء» لمسلم بن الحجاج [١/٢٣٨].

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الوكالة/ باب وكالة المرأة الإمام في النكاح [رقم/٢١٨٦]، ومسلم في كتاب النكاح/ باب الصداق، وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، واستحباب كونه خمس مائة درهم لمن لا يجحف به [رقم/١٤٢٥]، من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه به.

(٣) أخرجه: أبو داود في كتاب الصلاة/ باب أخذ الأجر على التأذين [رقم/٥٣١]، والنسائي في كتاب الأذان/ اتخاذ المؤذن الذي لا يأخذ على أذانه أجرًا [رقم/٦٧٢]، وأحمد في «المسند» [٤/٢١]، من حديث عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ رضي الله عنه به.
قال ابن كثير: «رواهُ أحمدُ، وأهلُ السُّنن، وهو حديثٌ صحيحٌ». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة=

«وَإِنْ اِتَّخَذْتَ مُؤَذِّنًا فَلَا تَأْخُذْ عَلَى الْأَذَانِ أَجْرًا» ، وَلِأَنَّ الْقُرْبَةَ مَتَى حصلت وَقَعَتْ عَنْ الْعَامِلِ ، وَلِهَذَا تَعْتَبِرُ أَهْلِيَّتُهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الْأَجْرِ مِنْ غَيْرِهِ كما في

غاية البيان

وروى التِّرْمِذِيُّ في «جامعه»: مُسْنَدًا إلى الحَسَنِ ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي العَاصِ ﷺ ، قَالَ: «إِنَّ مِنْ آخِرِ مَا عَهِدَ إِلَيَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ: أَنْ اتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا»[(١)].

وحدَّثَ صاحبُ «السننِ» أيضًا في كتابِ البيوعِ والتجارةِ: بإسنادِهِ إلى الْأَسْوَدِ بْنِ ثَعْلَبَةَ ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ﷺ ، قَالَ: عَلَّمْتُ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْكِتَابَ وَالْقُرْآنَ ، وَأَهْدَى إِلَيَّ رَجُلٌ مِنْهُمْ قَوْسًا ، فَقُلْتُ: لَيْسَتْ بِمَالٍ وَأَرْمِي عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللهِ ، لَآتِيَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَلَأَسْأَلَنَّهُ ، فَأَتَيْتُهُ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ ، رَجُلٌ أَهْدَى إِلَيَّ قَوْسًا مِمَّنْ كُنْتُ أُعَلِّمُ الْكِتَابَ وَالْقُرْآنَ ، وَلَيْسَتْ بِمَالٍ وَأَرْمِي عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللهِ ، قَالَ: «إِنْ كُنْتَ تُحِبُّ أَنْ تُطَوَّقَ طَوْقًا مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا»[(٢)].

وحَدَّثَ صاحبُ «السننِ» أيضًا: بإسنادِهِ إلى جُنَادَةَ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ﷺ نَحْوَ هَذَا الْخَبَرِ وَالْأَوَّلُ أَتَمُّ ، فَقُلْتُ: وَمَا تَرَى فِيهَا يَا رَسُولَ اللهِ ،

= أدلة التنبيه» لابن كثير [١/١٠٦].

(١) أخرجه: الترمذي في أبواب الصلاة عن رسول الله ﷺ/ باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجرًا [رقم/٢٠٩] ، وابن ماجه في كتاب الأذان والسنة فيها/ باب السنة في الأذان [رقم/٧١٤] ، عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ ﷺ به.
قال الترمذي: «حديث عثمان حديث حسن».

(٢) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في كسب المعلم [رقم/٣٤١٦] ، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/١٢٥] ، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب الأجر على تعليم القرآن [رقم/٢١٥٧] ، وأحمد في «المسند» [٥/٣١٥] ، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٢/٤٨] ، عن عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ﷺ به.
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ الْمُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنًى مِنْ قِبَلِ الْمُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ.

غاية البيان

فَقَالَ: «جَمْرَةٌ بَيْنَ كَتِفَيْكَ تَقَلَّدْتَهَا، أَوْ تَعَلَّقْتَهَا»[١].

وفي «الفائقِ»[٢]: «أَقْرَأَ أُبَيُّ بنُ كَعْبٍ الطُّفَيْلَ بنَ عَمْرٍو الدَّوْسِيَّ الْقُرْآنَ، فَأَهْدَىٰ لهُ قَوْسًا، فَقَالَ لهُ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ سَلَّحَكَ هَذِهِ الْقَوْسَ؟» فقالَ: طُفَيْلٌ، قالَ: «وَلِمَ؟» قالَ: إِنِّي أَقرَأْتُه الْقُرْآنَ، فقالَ: «تَقَلَّدْهَا شِلْوَةً مِنْ جَهَنَّمَ»، قالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، فَإِنَّا نَأْكُلُ مِنْ طَعَامِهِمْ، قالَ: «أَمَّا طَعَامٌ صُنِعَ لِغَيْرِكَ فَكُلْ مِنْهُ، وَأَمَّا الطَّعَامُ لَمْ يُصْنَعْ إِلَّا لَكَ، فَإِنَّكَ إِنْ أَكَلْتَهُ؛ فَإِنَّما تَأْكُلُ بِخَلَاقِكَ»، أي: بحَظِّكَ مِنَ الدِّينِ، والشِّلْوَةُ [٣٢١/٦و/م]: القِطْعَةُ[٣]»[٤]، ولأنَّ الاستئجارَ علىٰ هذه الأشياءِ استئجارٌ علىٰ الطاعةِ والقُرْبةِ، فلَا يَجُوزُ أَخْذُ الأُجْرةِ علىٰ ذلكَ، كالصومِ والصلاةِ.

والجامعُ: أنَّ ثوابَ العملِ مِنَ اللهِ تعالىٰ يَحْصُلُ للفاعلِ لَا غيرَ، فكانَ أَخْذُ الأُجرةِ علىٰ عملِ عملَه لنفسِه لَا للمُسْتَأْجِرِ، فلَا يَجُوزُ، ولأنَّ العقدَ وقعَ علىٰ عملٍ لَا يَقْدِرُ علىٰ إيفائِه بنفسِه، فوَجَبَ أَلَّا يَجُوزُ كالاستئجارِ علىٰ حَمْلِ شيءٍ لَا يَقْدِرُ علىٰ حَمْلِه بنفسِه.

فإنْ قِيلَ: ما جازَ التطوُّعُ بهِ؛ جازَ أَخْذُ الأُجرةِ عليهِ، أَصْلُه: سائرُ الأعمالِ.

---

(١) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في كسب المعلم [رقم/٣٤١٧]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٢٥/٦]، وأحمد في «المسند» [٣٢٤/٥]، من طريق جُنَادَةَ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ﷺ به.

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٢٦٠/١].

(٣) وقع بالأصل: «القطيعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفائق».

(٤) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [٣٥٩/٢]، وأبو القاسم البغوي في «معجم الصحابة» [٢٨٩/٢ ـ ٢٩٠]، والمستغفري في «فضائل القرآن» [١٤٠/١]، عَنِ الطُّفَيْلِ بْنِ عَمْرٍو ﷺ به.

وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا ﷭ اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَىٰ تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ؛ لِظُهُورِ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ فَفِي الامْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ الْقُرْآنِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَىٰ.

غاية البيان

قيلَ: يَبْطُلُ ذلكَ بِضِرَابِ الفَحْلِ[1].

والجوابُ عنِ الحديثِ الذي احتجَّ بِهِ الخَصْمُ: قالَ أصحابُنا: إنَّ حقيقتَه متروكةٌ ؛ لأنَّ عينَ القرآنِ لَا تصْلُحُ مهرًا، فحُمِلَ على المجازِ، وجُعِل حَرْفُ [٢/٥٠٣ظ] الباءِ مُسْتَعَارًا للَّامِ، أي: زَوَّجَها لأجْلِ ما معه مِنَ القرآنِ.

قولُه: (وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَىٰ تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ ؛ لِظُهُورِ التَّوَانِي فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ)، أرادَ بهم: مشايخَ بلْخٍ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀ في كتابِ «النوازلِ»: «وإنَّما كانَ يُكْرهُ تعليمُ القرآنِ بالأجرِ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ؛ لأنَّ حملةَ القرآنِ لم يَكُونُوا إلَّا قليلًا، وكانَ التعليمُ واجبًا ؛ لئَلَّا يذهبَ القرآنُ».

قالَ الفقيهُ: «وبِهِ نأخُذُ، جازَ الاستئجارُ على تعليمِ القرآنِ، وهوَ قولُ عِصَامِ بنِ يوسفَ، وأبي نصْرٍ محمدِ بنِ محمدِ بنِ سَلامٍ، والشَّافِعِيِّ، وغيرِهم مِنَ المشايخِ ﵏»[2]. إلى هنا لفْظُ «النوازلِ».

وذكرَ في «تتمةِ الفتاوى»: «الاستئجارُ لتعليمِ الفقهِ لَا يَجُوزُ، كالاستئجارِ لتعليمِ القرآنِ في أولِ بابِ القِسْمَةِ مِنْ «أدبِ القاضي»، وفي الاستئجارِ لتعليمِ

(١) أي: ما يُؤْخَذ عليه ؛ وهو إنزاءُ الفَحْل على النَّاقةِ. يقال: أضربَ فُلانٌ ناقتَه ؛ أي: أنزَىٰ الفَحلَ عليها. ينظر: «المجموع المغيث» لأبي موسى المديني [٢/٣١٧].

(٢) قال النسفي: والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن، لأن الأحكام تختلف باختلاف الزمان، قال صاحب «الهداية»: وعليه الفتوى. ينظر: «البناية شرح الهداية» [١٠/٢٨٢]، «كنز الدقائق مع تبيين الحقائق» [٥/١٢٤]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٧]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٢٢]، «اللباب شرح الكتاب» [٢/١٠٠]، «عمدة الرعاية» [٦/٥٦٤].

قال: وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَلَاهِي؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَى الْمَعْصِيَةِ وَالْمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ.

الحرفِ روايتانِ: في روايةِ «المبسوطِ»: يَجُوزُ، وفي روايةِ القُدُورِيِّ: لَا يَجُوزُ.

وذكرَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ في بابِ الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ: أنَّ مشايخَ بلخٍ اختارُوا قولَ أهلِ المدينةِ، في[1] جوازِ استئجارِ المعلِّمِ على تعليمِ القرآنِ، فنحنُ أيضًا نُفْتِي بالجوازِ»[2]. إلى هنا لفظُ «التتمةِ».

ثُمَّ قالَ فيها: «استأجرَ إنسانًا ليُعَلِّم غلامَه، أوْ ولدَهُ شِعْرًا، أوْ أدبًا، أوْ حِرْفةً مِثْلَ: الخِيَاطَةِ ونحوِها؛ فالكلُّ سواءٌ إنْ بَيَّنَ المدةَ؛ بأنِ استأجرَ شهرًا ليُعَلِّمَه هذا العملَ؛ يَجُوزُ، ويَصِحُّ ويَنْعَقِدُ العقدُ على المدَّةِ، حتى يَسْتَحِقَّ الأُجرةَ، تعلَّمَ أوْ لمْ يَتَعَلَّمْ، إذا سَلَّمَ الأستاذُ نفسَه لذلكَ، أمَّا إذا لمْ يُبَيِّنِ المدةَ: فَيَنْعَقِدُ لكنْ فاسداً، حتى لوْ علمَ استحقَّ أجْرَ المِثْلِ، وإلَّا فلَا.

وكذلكَ تعليمُ سائرِ الأعمالِ، كالخطِّ، والهِجَاءِ، والحسابِ على هذا، ولوْ [٣٢١/٦ ط/م] شرطَ عليه أنْ يحذقَه في ذلكَ العملِ؛ فهوَ غيرُ جائزٍ؛ لأنَّ التحْذِيقَ ليسَ في وُسْعِ المعلِّمِ، والْحَذَاقَةُ لمعنًى في المتعلِّمِ دونَ المعَلِّمِ، ولأنَّ الْحَذَاقَةَ ليسَ لها حَدٌّ تنتَهِي إليه، فكانَ مجهولًا جهالةً تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ»[3]. يُنْظَرُ في بابِ الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ، وفي بابِ إجارةِ الرقيقِ للخدمةِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الْغِنَاءِ وَالنَّوْحِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[4].

---

(١) وقع بالأصل: «وفي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠٥].

(٣) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠٥].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

....

غاية البيان

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «ولَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ على شيءٍ مِنَ الغِنَاءِ، والنَّوْحِ، والْمَزَامِيرِ، والطَّبْلِ، وشيءٍ مِنَ اللهوِ، ولا على الْحِدَاءِ، وقراءةِ الشِّعْرِ، ولا غيرِه، ولا أجْرَ في ذلكَ، وهذا كلّه قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه وأبي يوسفَ ومحمدٍ رضي الله عنهما؛ لأَنَّه معصيةٌ ولهْوٌ ولَعِبٌ، والاستئجارُ على المعاصِي واللعبِ لَا يَجُوزُ؛ لأنَّه مَنْهِيٌّ عنهُ».

وقدْ حدَّثَ صاحبُ «السننِ» رحمه الله: عن مُسْلِمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: حَدَّثَنَا سَلَّامُ بْنُ مِسْكِينٍ، عَنْ شَيْخٍ شَهِدَ أَبَا وَائِلٍ فِي وَلِيمَةٍ، فَجَعَلُوا يُغَنُّونَ، فَحَلَّ أَبُو وَائِلٍ حَبْوَتَهُ، وقالَ: سَمِعْتُ عَبْدَ اللهِ يَقُولُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «**إِنَّ الْغِنَاءَ يُنْبِتُ النِّفَاقَ فِي الْقَلْبِ**»[1].

وَحَدَّثَ صاحبُ «السننِ» أيضًا: بإسنادهِ إلى نَافِعٍ قالَ: «سَمِعَ ابْنُ عُمَرَ رضي الله عنهما مِزْمَارًا، قالَ: فَوَضَعَ إِصْبَعَيْهِ فِي أُذُنَيْهِ، وَنَأَىٰ عنِ الطَّرِيقِ، وقَالَ لِي: يَا نَافِعُ هَلْ تَسْمَعُ شَيْئًا؟ قَالَ: قُلْتُ: لَا، قَالَ: فَرَفَعَ إِصْبَعَيْهِ مِنْ أُذُنَيْهِ، وقالَ: كُنْتُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فَسَمِعَ مِثْلَ هَذَا فَصَنَعَ مِثْلَ هَذَا»[2]. رواه في «السننِ» في كتابِ «الأدبِ».

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الأدب/ باب كراهية الغناء والزمر [رقم/٤٩٢٧]، ومن طريقه ابن حزم في «المحلى» [٩/٥٧]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٢٢٣]، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» [٢/٣٠٠]، من حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه به.

قال ابنُ الملقن: «رواه البيهقي من رواية ابن مسعود بإسناد ضعيف، قال ابن طاهر وغيره: وأصح الأسانيد في ذلك وقفه على ابن مسعود». ينظر: «خلاصة البدر المنير» لابن الملقن [٢/٤٤٠، ٤٤١].

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الأدب/ باب كراهية الغناء والزمر [رقم/٤٩٢٤]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٢٢٢]، وأحمد في «المسند» [٢/٨]، ابن حزم في «المحلى» [٩/٦٢]، من حديث ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنه به.

قال أبو داود: «هذا حديث منكر».

....

وَحَدَّثَ البُخَارِيُّ في «الصحيح»: بإسناده إلى مسروق، عن عبد الله ﷺ، قالَ: قالَ النبي ﷺ: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ ضَرَبَ الْخُدُودَ، وَشَقَّ الْجُيُوبَ، وَدَعَا بِدَعْوَىٰ الْجَاهِلِيَّةِ»(١).

وَحَدَّثَ البُخَارِيُّ أيضًا: بإسنادِه إلى أَبِي بُرْدَةَ [٢/٥٠٤و] بْنِ أَبِي مُوسَىٰ، قَالَ: وَجِعَ أَبُو مُوسَىٰ وَجَعًا فَغُشِيَ عَلَيْهِ وَرَأْسُهُ فِي حِجْرِ امْرَأَةٍ، فَلَمْ يَسْتَطِعْ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهَا شَيْئًا، فَلَمَّا أَفَاقَ قالَ: «إِنِّي بَرِيءٌ مِمَّنْ بَرِئَ مِنْهُ مُحَمَّدٌ ﷺ، إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ بَرِئَ مِنَ الصَّالِقَةِ، وَالحَالِقَةِ، وَالشَّاقَّةِ»(٢). رواهُ في بابِ «الجنائزِ».

قالَ أبو سليمانَ الخَطَّابيُّ ﷺ: «الصَّالِقَةُ: التي تَرْفَعُ صوتَها بالبكاءِ والنَّوْحِ، بالصادِ والسينِ، وَالحَالِقَةُ: التي تحْلِقُ رأسَها في المصيبةِ، وَالشَّاقَّةُ: التي تَشُقُّ ثوبَها»(٣).

وفي «السننِ»: قالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ سَلَقَ، وَمَنْ حَلَقَ، وَمَنْ خَرَقَ»(٤).

والطَّبْلُ إنَّما يَكُون منْهِيًّا إذا كانَ للهوِ، أمَّا إذا كانَ لغيرِه؛ فلَا بأْسَ بهِ، كطَبْلِ الغُزَاةِ، وطَبْلِ العُرْسِ، أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ في «الأجناسِ»: «ولا بأْسَ أنْ يَكُونَ

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الجنائز/ باب ليس منا من شق الجيوب [رقم/١٢٣٢]، ومسلم في كتاب الإيمان/ باب تحريم ضرب الخدود وشقّ الجيوب والدعاء بدعوىٰ الجاهلية [رقم/١٠٣]، من حديث عَبْد اللهِ بْن مَسْعُودٍ ﷺ به.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب الجنائز/ باب ما ينهىٰ من الحلق عند المصيبة [رقم/١٢٣٤]، ومسلم في كتاب الإيمان/ باب تحريم ضرب الخدود وشَقّ الجيوب والدعاء بدعوىٰ الجاهلية [رقم/١٠٤]، من حديث أَبِي مُوسَىٰ ﷺ به.

(٣) ينظر: «أعلام الحديث في شرح صحيح البخاري» للخطابي [١/٦٨٨].

(٤) أخرجه: أبو داود في/ باب في النوح [رقم/٣١٣٠]، والنسائي في كتاب الجنائز/ شق الجيوب [رقم/١٨٦٥]، وأحمد في «المسند» [٤/٣٩٦]، من حديث أَبِي مُوسَىٰ ﷺ به.

قَالَ: وَلَا يَجُوز إجَارَةُ الْمُشَاعِ عندَ أبي حَنِيفَةَ إلَّا مِنَ الشَّرِيكِ، وَقَالَا: إجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ

ليلةَ العُرْسِ دُفٌّ يُضْرَبُ بِهِ؛ لِيُشْهَرَ ذلكَ ويُعْلَنَ بِهِ النِّكَاحُ».

وقالَ ظهيرُ الدِّينِ إسحاقُ الوَلْوَالِجِيُّ في كتابِ الكراهيةِ [٦/٣٢٢و/م] مِنْ «فتاواه»: «رَجُلٌ استأجرَ رَجُلًا ليضْرِبَ الطَّبْلَ، إنْ كانَ للهْوِ: لَا يَجُوزُ؛ لأنَّه معصيةٌ، وإنْ كانَ للغَزْوِ أوِ القافلةِ: يَجُوزُ؛ لأنَّه طاعةٌ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوز إجَارَةُ الْمُشَاعِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ إلَّا مِنَ الشَّرِيكِ. وَقَالَا: إجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ)[2]، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»[3].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «ولا يَجُوزُ إجارةُ المَشَاعِ فيما يُقْسَمُ وفيما لَا يُقْسَمُ[4] عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ وزُفَرَ، إلَّا أنْ يَكُونَ المُسْتَأْجِرُ شريكًا في العَقارِ، فيسْتَأجِرُ نصيبَ شريكِه أوْ شركائِه كلَّه في صفقةٍ واحدةٍ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وكذلكَ قالَ أبو حَنِيفَةَ في رَجُلينِ آجَرَا دارًا لهما مِن رَجُلٍ، فهوَ جائزٌ، وإنْ ماتَ أحدُ المُؤْجِرَيْنِ بطلتِ الإجارَةُ في نصيبِه، والإجارَةُ في نصيبِ الحَيِّ صحيحةٌ

(١) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٤٠].

(٢) قال في «التصحيح»: وفي «الفتاوى الصغرى» و«تتمة الفتاوى» و«الحقائق»: الفتوى على قول أبي حنيفة، واعتمده النسفي والمحبوبي وصدر الشريعة. ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» [٣/٤٠٤]، «التجريد» [٧/٣٦٥٥]، «مختلف الرواية» [٣/١٥٩٧]، «تحفة الفقهاء» [٢/٣٥٧]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٧٠]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٨]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٢٣]، «مجمع الأنهر» [٢/٣٨٥] «اللباب شرح الكتاب» [٢/١٠٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

(٤) معناه: أن المنفعة تفوت بالقسمة والتجزؤ كما في العبد، لا أنه لا يحتمل التجزؤ في نفسه؛ لأنه ما مِن شيءٍ في الدنيا إلا ويحتمل التجزؤ في نفسه. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«ن».

وَصُورَتُهُ أَنَّ يؤَاجَرَ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِيبَهُ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ. لَهُمَا أَنَّ لِلْمُشَاعِ مَنْفَعَةٌ وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمَثَلِ، ....

على حالِها، ولا يَجُوزُ أيضًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنْ يستأجرَ مِن عقَارٍ مئةَ ذراعٍ، ولا مِنْ أرضٍ جَرِيبًا[١]، أوْ جَرِيبَيْنِ إذا كانَتْ أكثرَ مِنْ ذلكَ»[٢]. إلىٰ هنا لفظ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «إجارةُ المَشَاعِ مِنْ شريكِه جائزٌ بالإجماعِ، ومِنْ غيرِ شريكِه: لَا تجوزُ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهما: تَجُوزُ، وبيْعُ المَشَاعِ يَجُوزُ مِنْ شريكِه، ومِنْ غيرِ شريكِه بالإجماعِ، سواءٌ كانَ ممَّا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، أوْ ممَّا لَا يحْتَمِلُ القِسْمَةَ، ورَهْنُ المَشَاعِ مِنْ شريكِه، ومِنْ غيرِ شريكِه ـ سواءٌ كانَ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، أوْ لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ـ لَا يَجُوزُ.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: يَجُوزُ[٣].

وهِبَةُ المَشَاعِ فيما لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ [جائزةٌ][٤]، وفيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةِ لَا تَجُوزُ عندَنا[٥].

وعندَ الشَّافِعِيِّ: تَجُوزُ[٦]، وقَرْضُ المَشَاعِ جائزٌ بالإجماعِ.

---

(١) الجَرِيبُ مِن الأرضِ والطعام: مقدار معلوم الذراع والمساحة، وهو عشرة أقفزة. ويقال: الجريب مكيال قَدْر أربعة أقفزة. وقال بعضهم: إنه يختلف باختلاف البلدان، كالرطْل والمُدّ والذِّراع ونحو ذلك. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٩].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٣٩٥/٤]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٤/٦]، و«روضة الطالبين» للنووي [٣٨/٤].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) نصَّ في كتاب المضاربة في رجلٍ دفَع إلىٰ رجلٍ ألفًا نصْفُه قَرْضًا ونصْفُه مضاربة؛ فإنه يصح، وقد مرَّ ذلك في كتاب الهبة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«ن».

(٦) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥٣٤/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي=

. . . .

وأمَّا وقْفُ المَشَاعِ: فأبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه لَا يرىٰ الوقفَ مُشَاعًا كانَ أوْ غيره.

وعندَهما: يَجُوزُ الوقفُ.

ثُمَّ علىٰ قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: وقْفُ المَشَاعِ جائزٌ، وعندَ محمدٍ رحمه الله: باطلٌ.

ولوِ آجَرَ دارَه مِنْ رَجُلَيْنِ صفقةً واحدةً: فإنَّه يَجُوزُ، وهذا لَا يَكُونُ مُشَاعًا بخلافِ الهِبَةِ، فإنَّه إذا وهبَ دارَه مِن رَجُليْنِ صفقةً واحدةً: لَا يَجُوزُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

ثُمَّ العقدُ متىٰ حَصَلَ في غيرِ المَشَاعِ، فاعترضَ الشُّيُوع من بعد، فإنَّه لَا يَبْطُلُ العقدُ، كما لوِ استأجرَ دارًا مِن رَجُليْنِ، ثُمَّ ماتَ أحدُ المُؤْجِرَيْنِ؛ لمْ تَنْتَقِضِ الْإِجَارَةُ في حِصَّةِ الحيِّ، وإنْ بقِيَتْ مشَاعًا.

وكذا لوْ آجَرَ دارَه مِنْ رَجُليْنِ صحَّتِ الْإِجَارَةُ، ثُمَّ إذا ماتَ أحدُ المستأجِرَيْنِ انتقضَتِ الْإِجَارَةُ في حقِّه، وبَقِيَتْ في الحيِّ كما كانَ جائزًا»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيجَابيِّ رحمه الله في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**».

وقد صَرَّحَ أنَّ إجارةَ المَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ جائزةٌ بالإجماعِ، ويَنْبَغِي أنْ [٥٠٤/٢ظ] يكُونَ هذا علىٰ الروايةِ المشهورةِ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه؛ لأنَّ القُدُورِيَّ رحمه الله قالَ في «**التقريبِ**»: «وذكرَ الطَّحَاوِيُّ في اختلافِ [٣٢٢/٦ظ/م] أبي يوسفَ وزُفَرَ رحمهما الله الذي رواه ما يُوجِبُ ألَّا تَصِحَّ إجارةُ المَشَاعِ مِنَ الشريكِ، ثُمَّ قالَ: والمشهورُ جوازُه»[1].

وذكرَ القُدُورِيُّ أيضًا في شرحِه لـ«**مختصرِ الكَرْخِيِّ**» فقالَ: «وأمَّا إجارةُ المَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ: فقد رَوَىٰ زُفَرُ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّها لَا تَجُوزُ؛ لأنَّ ما لَا

= [٥٢٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٧٣/٥].

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٢٨٩].

. . . .

يَجُوزُ مع غيرِ الشَّرِيكِ، لَا يَجُوزُ مَعَ الشَّرِيكِ، كَالرَّهْنِ والهِبَةِ»[١].

وقالَ الإمامُ علاءُ الدِّين العالمُ في «طريقةِ الخلافِ»: «قال أبو حَنِيفَةَ: إجارةُ المَشَاعِ غيرُ صحيحةٍ، سواءٌ كانَ محتملًا للقِسْمَةِ، كالدارِ وغيرِها، أوْ غيرَ محتملٍ للقِسْمَةِ، كالدابةِ ونحوِها. وقالَ صاحباه والشَّافِعِيُّ ﷺ: صحيحةٌ[٢].

وثمرةُ الاختلافِ: تَظْهَرُ في وجوبِ المُسمَّىٰ عندَ التَّسْلِيمِ، والانتفاعُ عندَه: لَا يَجِبُ، وعندَهم: يَجِبُ.

وهلْ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؟ فيه روايتانِ: في روايةٍ: لَا يَجِبُ، وبعضُ مشايخِنا عوَّلوا علىٰ هذه الروايةِ، وقالُوا: إنَّ هذه الإِجَارَةَ باطلةٌ.

وفي روايةٍ: يَجِبُ، وبعضُهم عوَّلوا علىٰ هذه الروايةِ، وقالُوا: إنَّها فَاسِدَةٌ، وهوَ الصحيحُ»[٣]. إلىٰ هنا لَفْظُ العالمِ في «طريقته».

وقالَ في «خلاصةِ الفتاوىٰ»: «وطريقُ جوازِ إجارةِ المَشَاعِ: أنْ يلتحقَ بها قضاءُ القاضي، أوْ يُعْقَدَ علىٰ الكلِّ، ثُمَّ يُفْسَخُ في البعضِ»[٤].

وقالَ محمدٌ ﷺ في «الجامعِ الصغيرِ»: «عن يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ آجَرَ رجلًا نصفَ دارٍ غيرِ مقسومٍ، قالَ: لَا يجوزُ، وقالَ يعقوبُ ومحمدٌ: هوَ جائزٌ.

محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في دارٍ بينَ رَجُلَيْنِ آجَرَ أحدُهما

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٨].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٤٤٥]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٢٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٨٤].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٥].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢١٧].

. . . .

صاحبَه نصفَها غيرَ مقسومٍ، قالَ: جائزٌ.

محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في دارٍ بينَ رَجُلَيْنِ آجَرها مِن رَجُلٍ معًا، ثُمَّ ناقَضَ المُسْتَأْجِرُ أحدَهما الْإِجَارَة في نصيبِه، قالَ: لَا يَبْطُلُ نصيبُ الآخرِ، وكذلكَ إنْ ماتَ أحدُهما لم تَبْطُلِ الْإِجَارَةُ في حِصَّةِ الحَيِّ»[1]. إلى هنا لفظُ محمدٍ في أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وَجْهُ قولِهما: أنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعُ المَنْفَعَةِ؛ لأنَّ طريقَ جوازِها إقامةُ العينِ مقامَ المَنْفَعَةِ، فصارتْ كبَيْعِ العينِ، ثُمَّ بَيْعُ العينِ يَصِحُّ في الشَّائِعِ وغيرِه، فكذا بيعُ المَنْفَعَةِ، ولأنَّ العقودَ التي يُبْطِلُها الشُّيُوعُ يستوي فيها الشَّرِيكُ وغيرُ الشَّرِيكِ، كَالرَّهْنِ والهِبَةِ، حتى لوْ رهنَ المَشَاعَ، أوْ وَهبَهُ مِنْ شريكِه، أوْ غيرِ شريكِه؛ لَا يَجُوزُ.

فهاهنا لَمَّا ثبتَ أنَّ إجارةَ المَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ جائزةٌ؛ ثبتَ أنَّ الشُّيُوعَ لَا يُبْطِلُ الْإِجَارَةَ، فوَجَبَ أنْ تَصِحَّ الْإِجَارَةُ مُشَاعًا مِنَ الأجنبيِّ، كما تَصِحُّ منَ الشَّرِيكِ، وكما إذا آجَر دارَه مِن اثنيْنِ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه آجَرَ ما لَا يَقْدِرُ على تسليمِه، وكلُّ عَقْدٍ لَا تَثْبُتُ القدرةُ فيه على تسليمِ المعقودِ عليه يَفْسُدُ، كإجارةِ العبدِ الآبقِ، والمَبِيعِ قبلَ القبضِ، وإجارةِ الأرضِ السَّبَخَةِ التي لَا تنبُتُ لِلزِّرَاعَةِ.

وإنَّما قلْنا هذا: لأنَّ الشَّائِعَ وإنْ كانَ منتفعًا لكنْ لَا يُمْكِنُ تسليمُه إلَّا بالتَّهَايُؤِ، والتَّهَايُؤُ حُكْمٌ مُسْتَحقٌّ بالعقدِ بناءً على حُكْمِه، وهوَ الملكُ، فلَا يَصْلُحُ شرطًا [٦/٣٢٣و/م] لجوازِ العقدِ؛ لأنَّ شَرْطَ العقدِ يَسْبِقُه أوْ يَقْتَرِنُ بهِ، وحُكْمُ العقدِ يعْقبُه،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٦ - ٤٣٧].

....

فلا يَصِحُّ إجارةُ المَشاعِ إِذَنْ ؛ لِئَلَّا تَنْقَلِبُ الحقيقةُ.

ولأنَّ المُهايَأَةَ ـ وهيَ قِسْمَةُ مَنَافِعِ الأعيانِ ـ عَقْدٌ في نفسِه ، فلوْ كانَتْ شرطًا لصحةِ الْإِجَارَةِ ؛ كانَتْ بمنزلةِ شَرْطٍ عُقِدَ في عَقْدٍ ، وذلكَ فاسدٌ ، فتفْسُدُ بهِ الْإِجَارَةُ ، ولأنَّ المُسْتَأْجرَ لَا يَتَوصَّلُ إلىٰ الانتفاعِ بالنِّصْفِ الذي استأجَرَه إلَّا بالانتفاعِ بالنِّصْفِ الذي لم يَسْتَأْجِرْهُ ، فصارَ كرَجُلٍ آجَر دارَه منْ رَجُلٍ ، واشترطَ للمُسْتَأْجِرِ أنْ ينتفعَ بدارٍ أُخرىٰ للمُؤاجِرِ ، فذلكَ فاسدٌ ، فكذا هذا ، ولأنَّه آجَرَ ما لَا يتميَّزُ ممَّا لمْ يُؤاجِرْهُ ، فلَا يَجُوزُ ، كما لوْ آجَرَه أحدُ عبديْنِ ، بخلافِ ما لوْ آجَرَ منْ شريكِه ؛ لأنَّ العقدَ معه [٢/٥٠٥و] أوجبَ رفْعَ الشُّيُوعِ ؛ لأنَّ كلَّ المَنافِعِ تحدُثُ علىٰ مِلْكِه ، فلَا يَظْهَرُ الشُّيُوعُ أصلًا ، هذا علىٰ المشهورِ.

وأمَّا علىٰ رواية زُفَرَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵀: فلَا حاجةَ إلىٰ الفرقِ ؛ لأنَّها لَا تَجوزُ أيضًا ، فلَا يَرِدُ السؤالُ ، ولأنَّ الْإِجَارَةَ منَ الشَّرِيكِ لَا يُحْتَاجُ فيها إلىٰ القِسْمَةِ والمُهايَأَةِ ، فصَحَّتْ ، وبخلافِ الشُّيُوعِ الطارئِ حيثُ تَبْقَىٰ الْإِجَارَةُ صحيحةً ، كما إذا آجَرَ كلَّ الدارِ ثُمَّ تفاسَخا الْإِجَارَةَ في النصفِ الشَّائِعِ ، وكما إذا آجَرَ الرَّجُلان الدارَ ، ثُمَّ فسَخَ أحدُهما الْإِجَارَةَ في نصيبِه معَ المُسْتَأْجرِ ؛ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ في نصيبِ الآخرِ.

وكذا إذا ماتَ أحدُ المُؤْجِرَيْنِ ، أو أحدُ المستأجِرَيْنِ ؛ لَا تَبْطُلُ الْإِجَارَةُ في نصيبِ الحَيِّ ؛ لأنَّ الشُّيُوعَ طَرَأَ بعدَ صحةِ العقدِ ، والشُّيُوعُ الطارئُ لَا يُفْسِدُ العقدَ ، كرَجُلٍ وهَبَ لرَجُلٍ دارًا ، ثُمَّ رجَعَ في نصفِها ؛ لَا تَبْطُلُ الهِبَةُ في الباقي ، فكذلكَ هنا.

والتحقيقُ هنا أنْ يُقَالُ: إنَّ الشُّيُوعَ إنَّما يُبْطِلُ الْإِجَارَةَ لفَوْتِ القُدْرةِ ، والقدرةُ ليسَتْ بشرْطِ حالةَ البقاءِ ، كالعبدِ يأبَقُ بعدَ عَقْدِ البَيْعِ ، فلذلكَ جُعِلَ عفْوًا في حالةِ

. . . .

﴿ غاية البيان ﴾

البقاءِ، وقدْ عُهِدَ في قواعدِ الشَّرْعِ: أنَّه ليسَ مِنْ ضرورةِ كونُ الشيءِ مُفْسِدًا للعقدِ إذا قارنَه أنْ يَكُونَ مُفْسدًا إذا طرأَ، كالجهالةِ الطارئةِ في البَيْعِ.

وبخلافِ ما إذا آجرَ دارًا مِنْ رَجُلَيْنِ، حيثُ يَصِحُّ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جملةً بلَا إِشَاعَةٍ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يستَوْفِي منافِعَها على مِلْكِ المُؤْجِرِ، وتخْرُجُ مِنْ مِلْكِه جملةً، وإنَّما تَنْقَسِمُ في مِلْكِهِما، فتَصِيرُ المُهَايَأَةُ مِنْ حقوقِ مِلْكِهِما، فلَا تَكُونُ المُهَايَأَةُ شرطًا لصحَّةِ العقدِ، فلَا يَلْزَمُ أنْ يَكُونَ ما كانَ متراخِيًا سابقًا.

فَإِنْ قُلْتَ: كيفَ جوَّزَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ على الروايةِ المشهورةِ عنه: إجارةَ[1] المَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ، ولمْ يَجُوِّزْ رَهْنَ المَشَاعِ، ولا [٦/٣٢٣ظ/م] هِبَةَ المَشَاعِ مِنَ الشَّرِيكِ وغيرِه.

قُلْتُ: إنَّما يشْتَرطُ فيهما القبضَ، والإِشَاعَةُ تُؤَثِّر في القبضِ، بخلافِ الإِجَارَةِ، فإنَّ صحتَها لَا تَتَوقَّفُ على القبضِ.

قالَ القُدُوريُّ ﷺ **في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»:** «وكان الشيخُ أبو طاهرٍ الدَّبَّاسُ يَقُولُ: إنَّ الإِجَارَةَ في المَشَاعِ إنَّما لَا تَجُوزُ إذا آجَر الرَّجُلُ بعضَ مِلْكِه؛ لأنَّه يُهَايِئُ المُسْتَأْجرَ، فتَكُونُ الدارُ في يدِ المُسْتَأْجرِ مدةً، وفي يدِ المُؤْجِرِ مدةً، ولا يَجُوزُ أنْ يسْتَحقَّ المُؤْجِرُ الأُجرةَ مع كونِ الشيءِ في يدِه.

وأمَّا إذا آجَرَ أحدُ الشريكيْنِ نصيبَه فالعقدُ جائزٌ؛ لأنَّ المُسْتَأْجرَ يُهَايِئُ غيرَ المُؤْجِرِ، وليسَ يمْتَنِعُ أنْ تَكُونَ الدارُ في يدِ غيرِ المُسْتَأْجرِ، وأُجْرتُها عليه، كما لوْ أعارَها أو أجارَها، إلَّا أنَّ أبا الحسنِ ﷺ رَوَىٰ في **«جامعِه»** نصًّا عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ إجارةَ المَشَاعِ في الوجهَيْنِ لَا تَجُوزُ»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ القُدُورِيِّ ﷺ

---

(١) وقع بالأصل: «إشارة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٨].

وَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ أَوْ بِالتَّهَايُؤِ فَصَارَ كَمَّا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالتَّخْلِيَةُ أُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا وَهُوَ الْفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ وَلَا تَمَكُّنَ فِي الْمَشَاعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِحُصُولِ التَّمَكُّنِ فِيهِ، وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ حُكْمًا لِلْعَقْدِ بِوَاسِطَةِ الْمِلْكِ، وَحُكْمُ الْعَقْدِ يَعْقُبُهُ، وَالْقُدْرَةُ عَلَىٰ التَّسْلِيمِ شَرْطُ الْعَقْدِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْمُتَرَاخِي سَابِقًا، وَأَمَّا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ فَالْكُلُّ يَحْدُثُ عَلَىٰ

غاية البيان

في «شرحه».

قولُه: (وَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ)، أي: فيما إذا آجر نصيبًا منْ دارِه.

قولُه: (أَوْ بِالتَّهَايُؤِ)، أي: التَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بطريقِ التَّهَايُؤِ فيما إذا آجَرَ نصيبَه مِنْ دارٍ مشتركةٍ.

قولُه: (وَهَذَا لأنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ)، أي: إنَّما قلْنا هذا لأجْلِ هذا المعنىٰ.

قولُه: (وَالتَّخْلِيَةُ أُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا)، جوابٌ عنْ قولِهما: والتَّسْلِيمُ ممكنٌ بِالتَّخْلِيَةِ، أي: برفْعِ الموانعِ.

بيانُه: أنَّ التَّخْلِيَةَ إنَّما تَكُون كالتَّسْلِيم؛ لكونِ التَّخْلِيَةِ سببًا مِنَ التمكُّنِ، ولا تمَكُّنَ في المَشَاعِ، بخلافِ البَيْعِ، فإنَّ التمكُّنَ يحْصُلُ فيه، فتَقُومُ التَّخْلِيَةُ مقامَ التَّسْلِيمِ، فيُجْعَلُ الْمُشْتَرِي قابضًا بِالتَّخْلِيَةِ.

تحقيقُ ذلكَ: أنَّ المقصودَ في بابِ البَيْعِ: العينُ والرَّقَبَةُ، والمِلْكُ يحْصُلُ في العينِ مَحُوزًا كانَ أوْ مُشَاعًا، فلَمْ تُؤَثِّرِ الإِشَاعَةُ فيه، بخلافِ [٢/٥٠٥ظ] الْإِجَارَةِ، فإنَّ المقصودَ منها الانتفاعُ بالمستأجِرِ، والإِشَاعَةُ تُؤَثِّرُ فيه.

مِلْكِهِ فَلَا شُيُوع ، وَالِاخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ ، عَلَىٰ أَنَّه لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ ، وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئ ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَىٰ التَّسْلِيمِ لَيْسَ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعِ بِتَفَرُّقِ الْمِلْكِ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئٌ.

قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطَّلَاق: ٦] ؛ وَلِأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ

غاية البيان

قولُه: (لِوُقُوعِهِ). الضميرُ راجعٌ إلىٰ (التَّخْلِيَةِ) ، علىٰ تأويلِ رَفْعِ الموانعِ.

قولُه: (عَلَىٰ أَنَّه لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْهُ) ، أي: لَا يَصِحُّ عَقْدُ إجارةِ المَشَاعِ معَ الشَّرِيكِ في روايةِ الحسنِ بنِ زيادٍ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁.

قالَ القُدُورِيُّ ﵀ **في كتابِ «التقريبِ»**: «رَوَىٰ الحسنُ عنْ أبي حَنِيفَةَ وزُفَر ﵄: بطلانَ العقدِ في الجميعِ» ، **يَعْنِي**: في إجارةِ المَشَاعِ منَ الشَّرِيكِ وغيرِه ، والشُّيُوعُ الطارئُ: كموتِ أحدِ المُؤْجِرَيْنِ ، أو أحدِ المستأجرَيْنِ ، وغيرُ الطارئِ ؛ لأنَّ المعنىٰ المفْسِدَ في الابتداءِ: وجوبُ المُهَايَأَةِ عندَ الاستيفاءِ ، وهذا موجودٌ في الثاني.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) ، أي [٦/٣٢٤و/م]: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1].

والأصلُ في جوازِ إجارةِ الظِّئْرِ: قولُه تعالىٰ: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ [الطلاق: ٦]. أي: إنْ أرضعَتِ المُطَلَّقاتُ أولادكم ﴿ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾. إذا لم يَطَّوَّعْنَ بذلكَ ، فإنَّه مِنَ النفقةِ ، والنفقةُ علىٰ الأبِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

وَقَبِلَهُ فَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى الْمَنَافِعِ وَهِيَ خِدْمَتُهَا الصَّبِيَّ وَالْقِيَامَ بِهِ، وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَى طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ.

غاية البيان

﴿وَأْتَمِرُواْ بَيْنَكُم﴾، أي: أنفقوا فيما بينكم. يَعْنِي: الأزواجَ والزوجاتِ ﴿بِمَعْرُوفٍ﴾، في أمْرِ الإرضاعِ على شيءٍ يُسْتَحْسَنُ عقْلًا وشرعًا، ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ﴾، أي: تضايقْتُم، ﴿أُخْرَىٰ﴾، أي: امرأةٌ أخرىٰ. كذا في «التيسيرِ»[1].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «إجارةُ الظِّئْرِ جائزةٌ بكتابِ اللهِ تعالىٰ، وهوَ قولُه تعالىٰ: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾، وهوَ تعاسُرُ الأبوَيْنِ في الأَجْرِ، واللهُ أعلمُ.

وكذلكَ رُوِيَ في التفسيرِ، وهوَ أنْ يَبْذَلَ الأبُ على رضاعِ ولدِه أجْرًا، وتطْلُبُ الوالدةُ أكثرَ منه، فلهُ أنْ يَسْتَرْضِعَ غيرَها إذا رَضِيَ الغيرُ بما بذَلَه الأبُ مِنَ الأجْرِ، فإذا أرادتِ الأُمُّ أخْذَه بذلكَ؛ فهيَ أحقُّ بذلكَ؛ لأنَّ حقَّ الحضانةِ لها دونَ غيرِها؛ لحُنُوِّها على ولدِها ورأفتِها بهِ.

وإنَّما يَجُوزُ ذلكَ لها: إنْ كانَتْ بائنةً مِنَ الزوجِ، معتدَّةً كانَتْ أوْ غيرَ معتدَّةٍ، وهذه روايةُ محمدٍ ﵀، وقالَ الحسنُ: لَا يَجُوزُ لها أَخْذُ الأجرِ وأَخْذُ النفقةِ، لَا يَجْتَمِعُ لها نفقةٌ وأجْرُ رضاعٍ، فأمَّا إذا كانَتْ زوجةً: فلَا يَجُوزُ أنْ تَأْخُذَ على رضاعِ ولدِها منه أجرًا في قولِ أصحابِنا جميعًا»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀ في «مختصرِه».

قال القُدُورِيُّ في شرحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «قد اختلفَ أصحابُنا المتأخرونَ في حُكْمِ هذا العقدِ، فمنهم مَنْ قالَ: إنَّ العقدَ يَقَعُ على المَنَافِعِ، وهيَ خدمةُ الصبيِّ والقيامُ بهِ، واللَّبَنُ يُسْتَحقُّ على طريقِ التبعِ، وذلكَ لأنَّ اللَّبَنَ عينٌ

(١) هو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسفِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٨].

وَقِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالْخِدْمَةُ تَابِعَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لَا تَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ. وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الْفِقْهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ لَا يَنْعَقِدُ عَلَى إِتْلَافِ

۞ غاية البيان ۞

مِنَ الأعيانِ، والأعيانُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْإِجَارَةِ إلَّا على طريقِ التبعِ، كالصِّبْغِ.

ومنهم مَنْ قالَ: إنَّ العقدَ يَقَعُ على اللَّبَنِ والخدمةُ تَبعه؛ بدلالةِ أنَّها لوْ أرضعَتْه بلبنِ شاةٍ لمْ يسْتَحقَّ الأجْر وإنْ حصلَتِ الخدمةُ»(١).

ثُمَّ قالَ القُدُورِيُّ ﵀: «وهذا ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّه لَا يَمْتَنِعُ أنْ يَقَعَ العقدُ على خدمةٍ مخصوصةٍ، وهيَ خدمةُ الرَّضَاعِ، فإذا أرضعَتْه بلبنِ الشاةِ؛ لمْ توجَدِ المَنَافِعُ على الصفةِ المشروطةِ، وهذا كالصَّبَّاغِ إذا صبَغَ الثوبَ لوْنًا غيرَ المشروطِ.

وقدْ نصَّ محمدٌ ﵀ على الطريقةِ الأُولى فقالَ ـ مستدِلًّا على أنَّ لبنَ الآدَمِيِّ لَا يَجُوزُ بَيْعُه؛ لأنَّ الْإِجَارَةَ تَقَعُ عليه ـ: فلوْ كانَ ممَّا لهُ قِيمَةٌ لمْ يُسْتَحقَّ بِالْإِجَارَةِ، فلَمَّا استُحِقَّ دَلَّ على أنَّ العقدَ وقَعَ على الخدمةِ واللَّبَنُ تبَعٌ، أَلَا ترىٰ أنَّ لبنَ الشاةِ لَمَّا كانَ مُقَوّمًا لَمْ يَجُزِ استئجارُها للشرْبِ والرَّضَاعِ»(٢).

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀ [٦/٣٢٤ظ/م] في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ» [٢/٥٠٦و]: سمعتُ الفقيهَ أبا جعفرٍ، يَقُولُ: سمعتُ الفقيهَ أبا القاسمِ أحمدَ بْنَ حَمٍّ(٣)، قالَ: قالَ نُصَيْرُ بْنُ يحيىٰ: سمعتُ الحسنَ بنَ سَيْهُوبٍ يَقُول: سمعتُ محمدَ بنَ الحسنِ يَقُول: جوازُ إجارةِ الظِّئْرِ دليلٌ على فسادِ بَيْعِ لبنِها؛ لأنَّه لَمَّا جازتِ الْإِجَارَةُ ثبتَ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٢/٣٦١]، «الفقه النافع» [٣/١١٣٤]، «بدائع الصنائع» [٤/٤٧]، «تبيين الحقائق» [٥/١٢٧]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٤٩]، «البناية» [٩/٢٧٥]، «نتائج الأفكار» [٩/٦٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٩].

(٣) هو أبو القاسم الصفَّار. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«ن». وهو: أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفَّار البَلْخِيّ الفقيه المُحَدِّث. وقد تقدَّمَتْ ترجمته. وحَمّ: هو لقَبُه. وقد أغرب العلَّامةُ الكَفَويّ فقال: «بفَتْح الخاء المعجمة»! ولَمْ نجِدْه لغيره. ينظر: «كتائب أعلام الأخيار من فقهاء مذهب النعمان المختار» للكفوي [ق ١١٣/أ/ مخطوط راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤١)].

الْأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَّا إِذَا اِسْتَأْجَرَ بَقَرَةً؛ لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا. وَسَنُبَيِّنُ الْعُذْرَ عَنِ الْإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتْ الْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً؛ اِعْتِبَارًا بِالِاسْتِئْجَارِ عَلَى الْخِدْمَةِ.

قَالَ: قَالَ: وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا؛ اسْتِحْسَانًا عند أبي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ مَجْهُولَةٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخُبْزِ وَالطَّبْخِ.

غاية البيان

أنَّ سبيلَه سبيلُ المَنَافِعِ، وليسَ سبيلُه سبيلَ الأموالِ؛ لأنَّه لوْ كانَ مالًا لَمْ تَجُزْ إجارتُه، أَلَا ترىٰ أنَّ رَجُلًا لو استأجرَ بقرةً على أنْ يَشْرَبَ لبنُها؛ لمْ تجزِ الْإِجَارَةُ، فلَمَّا جازَ إجارةُ الظِّئْرِ ثبتَ أنَّ لبنَها ليسَ بمالٍ». وقدْ مَرَّ مرةً في بابِ البَيْعِ الفاسدِ.

وإذا ثبتَ أنَّ استئجارَ الظِّئْرِ عَقْدٌ على الخدمةِ: وجَبَ أن يُعْتَبَرَ في العقدِ عليها ما يُعْتَبَرُ في العقدِ على استئجارِ العبدِ للخدمةِ، فكلُّ ما جازَ ثَمَّةَ؛ جازَ هنا، وما بَطَلَ ثَمَّةَ بَطَلَ هنا، إلَّا أنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه استَحْسَنَ في استئجارِها بطعامِها وكسْوتِها، وإنْ لم يُوصفْ مِنْ ذلكَ شيءٌ، ويَكُونُ لها الوسطُ منه، وعندَهما: لَا يَجُوزُ قياسًا، وهيَ المسألةُ التي تليها.

قولُه: (وَسَنُبَيِّنُ الْعُذْرَ عنِ الإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ)، وأشار إلىٰ ما ذكرَه قريبًا مِن صفحةٍ بقولِه: (لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا).

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا اسْتِحْسَانًا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[1]، يَعْنِي: إذا استأجرَ الظِّئْرَ علىٰ طعامِها وكسْوتِها، ولم يَزِدْ علىٰ ذلكَ جازَ، ويَكُونُ لها الوسطُ مِن ذلكَ استحسانًا عندَ أبي حَنِيفَةَ، وقالا: لَا يَجُوزُ، وهوَ القياسُ، وهوَ قولُ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه[2].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» [ص٤٤١]، «المبسوط» [١١٩/١٥]، «بدائع الصنائع» [١٩٣/٤]،=

وَلَهُ أَنْ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ فِي الْعَادَةِ التَّوْسِعَةَ عَلَى الْأَظَآرِ شَفَقَةٌ عَلَى الْأَوْلَادِ فَصَارَ كَبَيْعِ قِفِيزٍ مِنْ صَبْرِهِ، بِخِلَافِ الْخُبْزِ وَالطَّبْخِ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيهِ تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

غاية البيان

وقالَ محمدٌ رحمه الله في «الجامعِ الصغيرِ»: «عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الظِّئْرَ بطعامِها وكسْوتِها، قالَ: جائزٌ أستَحْسِنُ ذلكَ، وقالَ يعقوبُ ومحمدٌ رضي الله عنهما: لَا يَجُوزُ، وإنْ سَمَّى الطعامَ دراهمَ، وسمَّى الكسوةَ، فوصَفَ جنسَها، وضَرْبَها، وأجَلَها، وذَرْعَها؛ فهوَ جائزٌ»[1]. إلى هنا لفْظُ أصْلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وَجْهُ قولِهما: أنَّ هذا بَدَلٌ عنِ المَنْفَعَةِ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فلَا يَصِحُّ معَ الجهالةِ؛ لأنَّ الجهالةَ مانعةٌ مِنَ الصحةِ، كما في سائرِ عقودِ الإِجَارَاتِ والمُعَاوَضَاتِ.

وَوجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ الجهالةَ ليسَتْ مانعةً لذاتِها، بلْ لكونِها مُفْضيةً إلى المُنَازَعَةِ، والجهالةُ هنا لَا تُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ؛ لأنَّ العادةَ جاريةٌ بالإحسانِ إلى الظِّئْرِ وعدمِ المناقشةِ والمشاحَّةِ في الشروطِ، بلْ يُوفيه إيَّاهُ على الوجهِ الذي تَخْتَارُ هيَ وتُرِيدُ لحُبِّ الولدِ، ولأنَّ الظِّئْرَ إذا كانَ طعامُها موافقًا؛ رَجَعَ مَنْفَعَةُ ذلكَ [٦/٣٢٥و/م] إلى الصبيِّ، فصارَ الإحسانُ إليها إحسانًا إلى الولدِ، وإطعامُها إطعامَ الولدِ؛ لأنَّه يحْصُلُ الغذاءُ إليه بواسطتِها، ويَبْقَى بتربيتِها[2]، وهذا مُسْتَحقٌّ عليه في حقِّ الولدِ مِنْ غيرِ اعتبارِ الوصفِ، فجازَ أنْ يَكُونَ مُسْتحقًّا عليه في حقِّها أيضًا مع جهالةِ الوصفِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وقدِ احتجَّ بعضُهم

= «الاختيار» [٥٩/٢]، «تبيين الحقائق» [١٢٧/٥]، «الجوهرة النيرة» [٢٧٠/١]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٧]، «اللباب شرح الكتاب» [١٠٠/٢].

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/٤٤١].

(٢) وقع بالأصل: «بترتيبها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: فَإِنْ سَمَّى الطَّعَامَ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنْسَ الْكُسْوَةِ وَأَجَلَهَا وَذَرْعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ. وَمَعْنَى تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَنْ يَجْعَلَ الْأُجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهَذَا لَا جَهَالَةَ فِيهِ.

غاية البيان

لأبي حَنيفَةَ بالآيةِ، وهوَ قولُه ﷻ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. الآية، واللهُ تعالى قدْ شرَطَ لِلظِّئْرِ الرزقَ والكسْوةَ بالمعروفِ، ولمْ يُقَدِّرْ في ذلكَ تقديرًا.

فإنْ قيلَ: إنَّما أرادَ الطعامَ والكسْوةَ للزوجةِ لَا لِلظِّئْرِ.

قيلَ له: إنَّما اشترطَ للزوجةِ بعدَ الطلاقِ لأجْلِ الرَّضَاعِ، فلَا فرْقَ بينها وبين ظِئْرٍ أُخرى، ومعنى تسميةِ الطعامِ دراهمَ: أنْ يجْعلَ الدراهمَ بدلًا عنِ الإرضاعِ، ثُمَّ يَسْتَبْدِلُ بهِ طعامًا، فيَصِحُّ ذلكَ.

وإنْ سمَّى الطعامَ جازَ أيضًا، ولا يُشْترطُ تأجيلُه؛ لأنَّه ثمنٌ؛ بدليلِ وجوبِه دَيْنًا في الذمَّةِ في عامَّةِ المعاملاتِ، فإنَّه إذا كانَ ثمنًا لَمْ يَكُنِ الأجَلُ شرطًا، كما في سائرِ الأثمانِ [٢/٥٠٦ظ]، ولكنْ يُشْترطُ بيانُ مكانِ الإيفاءِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّه لهُ حَمْلًا وَمُؤْنَةً.

وأمَّا الكسوةُ: فلَا بُدَّ مِنْ بيانِ الأجلِ فيها؛ لأنَّه لَا يَصْلُحُ ثمنًا بكلِّ حالٍ».

وقالَ في «شرحِ الكافي»: «وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: إنْ سَمُّوا لها طُولَ كلِّ ثوبٍ وعَرْضَه ورُقْعتَه، وضربُوا لذلكَ أجَلًا؛ فهوَ جائزٌ، أمَّا الصفةُ: فلصَيْرورتِها معلومةً، وأمَّا الأجلُ: فليَجِبْ في الذمَّةِ؛ لأنَّ الثيابَ لَا تَجِبُ في الذمَّةِ إلَّا سَلَمًا، والأجلُ مِن شرائطِ صحةِ السَّلَمِ.

وكذلكَ الطعامُ إنْ سَمُّوا لها لكلِّ يومٍ كيلًا مِنَ الدقيقِ؛ فهوَ جائزٌ، وإنَّما وجَبَ لها الوسطُ مِنَ الطعامِ والكسوةِ إذا لم يُوصَفْ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّ البدلَ إذا ثبَتَ في الذمَّةِ مطلقًا وجَبَ الوسطُ منه، كالمهرِ، والدِّيَةِ».

وَلَوْ سَمَّىٰ الطَّعَامَ وبَيْنَ قَدْرَهُ جَازَ أَيْضًا لِمَا قلْنا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ. وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ خِلَافًا لَهُمَا، وَقدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ وَفِي الْكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْأَجَلِ أَيْضًا مَعَ بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا صَارَ مَبِيعًا عِنْدَ الأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

غاية البيان

قولُه: (لِمَا قلْنا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لَا جَهَالَةَ فِيهِ).

قولُه: (لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ)، أي: أوصافَ الطعامِ، وأنَّثَ الضميرَ الراجعَ إليه علىٰ تأويلِ الحِنْطَةِ، وقدْ مَرَّ بيانُ كونِه ثمنًا.

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الْبُيُوعِ)، أي: في بابِ السَّلَمِ.

قولُه: (وَفِي الْكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الْأَجَلِ أَيْضًا مَعَ بَيَانِ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ)، مِثْل أنْ يَشْتَرِطَ: ثلاثةَ أثوابٍ زُطِّيَّة، أوْ صنفًا آخرَ إلىٰ أجلٍ معلومٍ.

ثُمَّ الظِّئْرُ إذا استُؤْجِرتْ لِلرَّضَاعِ [٦/٣٢٥ظ/م]، هلْ هيَ أجيرٌ وَحْدٌ، أو أجيرٌ مشتركٌ؟ تكلَّمَ المشايخُ فيها.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «**شرحِ الكافي**» الذي هوَ «**مبسوطُه**»: «والمسائلُ متعارِضَةٌ في هذا البابِ، بعضُها يَدُلُّ علىٰ أنَّها في معنىٰ أجيرِ الوَحْدِ، وبعضُها يَدُلُّ علىٰ أنَّها في معنىٰ الأجيرِ المشتركِ، والصحيحُ: أنَّهُ إنْ دفَعَ الولدَ إليها لتُرْضِعَهُ؛ فهيَ أجيرٌ مشتركٌ، وإنْ حمَلَها إلىٰ منزلِه؛ فهيَ أجيرُ وَحْدٍ.

وقالَ الكَرْخِيُّ في «**مختصرِه**»: «والظِّئْرُ بمنزلةِ الأجيرِ الخاصِّ، وليسَ لها أنْ تُؤْجِرَ نفسَها مِنْ غيرِ الأوَّلِينَ»(١).

(١) هذا النقل قد نقله الشلبي في حاشيته علىٰ «تبيين الحقائق» [٥/١٢٩] وقال: «قال الكرخي في «مختصره»...».

وَلَيس لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا؛ لِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ الزَّوْجِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ؛ صِيَانَةً لِحَقِّهِ، إِلَّا أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ يَمْنَعُهُ مِنْ غِشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ؛ لِأَنَّ الْمَنْزِلَ حَقُّهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»(١).

قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِين الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ كانَ الزوجُ رَضِيَ بِالْإِجَارَةِ، فأرادوا مَنْعَه مِن غَشَيانِها مخافةَ الحَبَلِ ليسَ لهمْ ذلكَ؛ لأنَّ هذا ضررٌ موهومٌ، والمنعُ مِنَ الوطءِ ضررٌ متحقِّقٌ، وتحَمُّلُ الضُّرِ الناجزِ لدَفْعِ ضررٍ موهومٍ: أمْرٌ لم يَرِدْ بهِ الشَّرْعُ، ولكن لهم مَنْعه مِنَ الدخولِ عليهم في منزِلهم؛ لأنَّه ليسَ لهُ حقُّ الدخولِ، فإنْ لَقِيَها في منزِله؛ فله أن يَغْشاها لِمَا ذَكَرْنا، ولا يَسَعُ الظِّئْرُ أنْ تمْنَعَه نفسَها، ولا يسَعُ أهلُ الصبيِّ أنْ يَمْنَعُوها مِنْ ذلكَ».

قولُه: (أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ؛ صِيَانَةً لِحَقِّهِ).

قالَ في «مختصرِ الكَرْخِيِّ ﷺ»: «وللزوجِ أنْ يُخْرِجَها مِنَ الرَّضَاعِ إنْ لَمْ يَكُنْ سَلِمَ الْإِجَارَة»(٢).

قالَ القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «فمِنْ أصحابنا مَن قالَ: هذا علىٰ وجْهَيْنِ: إنْ كانَ ممنْ يَشِينُه أنْ تُرْضِعَ زوجتُه فلهُ الفَسْخُ؛ لأنَّها تُلْحِقُ بهِ ضررًا، وإنْ كانَ مِمَّنْ لَا يَشِينُه ذلكَ لَمْ يَكُنْ لهُ الفَسْخُ؛ لأنَّه عَقَدٌ علىٰ مَنَافِعِ بُضْعِها، ولم يعْقِدْ علىٰ مَنَافِعِ ثَدْيِها.

ومِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ: لهُ الفَسْخُ في الوجهَيْنِ؛ لأنَّها إنْ أرضعَتِ الصبيَّ في

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٤].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٠].

فَإِنْ حَبِلَتْ كانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَىٰ الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا ؛ لِأَنَّ لَبَنَ الْحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ وَلِهَذَا كَانَ لَهُمْ الْفَسْخُ إِذَا مَرِضَتْ أَيْضًا .

غاية البيان

بيتِهم ، فله مَنْعُهَا منَ الخروجِ منْ منزلِه ، وإنْ أرضعَتْ في بيتِها فله أنْ يمنعَها مِنْ إدخالِ الصبيِّ إلىٰ بيتِه»[١] . كذا ذكرَ القُدُورِيُّ ﵀ في «شرحِه» .

قولُه: (فَإِنْ حَبِلَتْ كانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَىٰ الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا) ، وهذا تفريعًا علىٰ مسألةِ «مختصرِ القُدُورِيِّ» .

قالَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه» : «وليسَ لِلظِّئْرِ ولا لِلْمُسْتَرْضِعِ أنْ يفسخَ الْإِجَارَةَ إلَّا مِن عُذْرٍ :

والعذرُ لأهلِ الصبيِّ [٢/٥٠٧و] : ألَّا يأخذَ الصبيُّ مِنْ لبنِها ، أوْ [٦/٣٢٦و/م] يَكُونُ يَقِيءُ مِنْ لبنِها ، أوْ تَحْبَلُ ، فيَخَافُونَ علىٰ الصبيِّ مِنْ ذلكَ ، أو تَكُونُ سارقةً ، فيَخَافُونَ علىٰ متاعِهم ، أوْ تَكُونُ فاجرةً بَيِّنَةَ الفجورِ ، فيَخَافُونَ علىٰ صَبِيِّهم ، فهذا عُذْرٌ ، أو يُرِيدُونَ سفرًا بصَبِيِّهم ، فتأبَىٰ أنْ تخرجَ معهم ، فهذا عُذْرٌ .

والعُذرُ لِلظِّئْرِ : مرضٌ يصيبُها لَا تَسْتَطِيعُ معه الرَّضَاعَ ، فهذا عُذْرٌ ، ولهم أيضًا أنْ يُخْرِجُوها إذا مرضَتْ»[٢] . إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀ ، وذلكَ لأنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لازمٌ لَا يَجُوزُ فَسْخُها إلَّا بعَيْبٍ أو عُذْرٍ ، والعذرُ ما ذكرَه ؛ لأنَّ الصبيَّ إذا لمْ يَأْخُذْ مِنْ لبنِها لَا تسْلَمُ المَنْفَعَةُ المقصودةُ ، وكذا إذا تَقَيَّأَ حيثُ يستَضِرُّ بهِ ، وكذا حَبَلُها عُذْرٌ ؛ لأنَّ لبنَ الحاملِ يُضِرُّ بالصبيِّ ، وكذا إذا كانَتْ سارقةً ؛ لأنهم يَخَافُونَ علىٰ متاعِهم ، ويستَضِرُّون بالبقاءِ علىٰ العهدِ ، وكذا إذا كانَتْ فاجرةً بَيِّنَةَ الفجورِ ؛ لأنَّها تَتَشَاغَلُ بالفجورِ عن حِفْظِ الصبيِّ .

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٠] .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٠] .

وعليها أنْ تُصلح طعام الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ الْعَمَلَ عَلَيْهَا. وَالْحَاصِلُ [١١٨/ظ] أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيمَا لَا نَصَّ عَلَيْهِ الْعُرْفُ فِي مِثْلِ هَذَا الْبَابِ، فَمَا جَرَىٰ بِهِ الْعُرْفُ مِنْ

غاية البيان

وكذا إذا أَبَتْ أَنْ تخرجَ معهم إلى السَّفرِ؛ لأنَّ في إلزامِهم تركُ السَّفرِ إضرارًا بهم، وكذا إذا مَرِضَتْ؛ لأنَّ لبنَ المريضةِ يُضِرُّ بالولدِ، وهيَ تستَضِرُّ أيضًا بالأرضاعِ، فكانَ لها ولهمْ أنْ يَفْسَخُوا الْإِجَارَةَ، وكذا إنْ لَمْ يَكُنْ رَضِيَ زوْجُها بِالْإِجَارَةِ؛ فلهُ أنْ يُخْرِجَهَا».

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «وهذا إذا كانَتْ تُرْضِعُ في بيتِهِمْ؛ لأنَّ حقَّ الحبْسِ للزوجِ، وهذا يُفَوِّتُ حقَّ الحبسِ، أمَّا إذا كانَتْ تُرضِعُ في بيتِها؛ فليسَ لهُ مَنْعُها إلَّا إذا كانَ يُقْعِدُها عنْ خدمةِ الزوجِ، فحينئذٍ يَمْلِكُ مَنْعَها، وإنْ أساءُوا أخلاقَهم [معها][1] وآذوْهَا بألسنتِهم كَفُّوا عنها؛ لأنَّ الإيذاءَ حرامٌ، وإنْ لمْ يَكُفُّوا عنها كانَ لها أنْ تخرجَ؛ لأنَّ الصبرَ على الأذىٰ أمْرٌ صعْبٌ، فلوْ كلَّفْناها ذلكَ أضرَرْنا بها».

قولُه: (وَعَلَيْهَا أَنْ تُصلِحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[2].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «والذي يَجِبُ عليها بعَقْدِ الْإِجَارَةِ: الرَّضَاعُ، والقيامُ بأمْرِ الصبيِّ فيما يُصْلحُه مِنْ رضاعٍ، وغسْلِ ثيابِه، وما يُعالَجُ بهِ الصبيانُ مِنَ الرَّيْحَانِ والدُّهْنِ: فهوَ على الظِّئْرِ ليسَ على أهلِ الصبيِّ مِنْ ذلكَ شيءٌ، فإنْ كانَ الصبيُّ يَأْكُلُ الطعامَ؛ فليسَ على الظِّئْرِ أنْ تَشْتَرِيَ لهُ الطعامَ، وهذا كلُّه على أهْلِه، وعليها أنْ تُهيِّئَه [له][3]»[4]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله، وذلكَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٤].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٩].

غَسْلِ ثِيَابِ الصَّبِيِّ وَإِصْلَاحِ الطَّعَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ عَلَى الظِّئْرِ أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلَى وَالِدِ الْوَلَدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ: أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظِّئْرِ؛ فَذَلِكَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ.

غاية البيان

[٦/٣٢٦ظ/م] لأنَّ الواجبَ عليها هوَ الرَّضَاعُ والقيامُ بأمرِ الصبيِّ، وذلكَ إنَّما يَكُونُ بإرضاعِه، وطَبْخِ طعامِه، وغسْلِ ثيابِه، فكانَ ذلكَ عليها، وإنَّما جعلَ الدُّهْنَ والرَّيْحَانَ عليها: لأجْلِ أنَّ عُرْفَهم كانَ كذلكَ، حتى لوْ لَمْ يَكُنْ في بلدٍ كذلكَ يُجْرَى على ذلكَ؛ لأنَّ أصحابَنا ﷺ قالُوا في توابعِ العقودِ التي ليسَتْ بمشروطةٍ: إنَّ المرجعَ فيها إلى عادةِ كلِّ بلدٍ.

وقالَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «وليسَ لهمْ أنْ يحْبِسُوا الظِّئْرَ في منزلِهم إذا لمْ يَشْتَرِطُوا ذلكَ عليْها، ولها أنْ تَأْخُذَه إلى منزلِها، وهيَ مأمونةٌ عليه، وفيما عليه مِنْ حُلِيٍّ، أو كسوةٍ، إذا سُرِقَ منهُ شيءٌ لم تَضْمنْه»(١).

قولُه: (وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ: أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظِّئْرِ؛ فَذلكَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ)، أي: الذي ذكره محمدٌ في «الأصلِ»(٢)، بناءً على عُرْفِ أهلِ الكوفةِ، وذلكَ لأنَّ في توابعِ العقودِ يَرْجِعُ إلى العادةِ، ولهذا قالُوا فيمَنِ استأجرَ لَبَّانًا، فالزَّبِيلُ(٣) والْمِلْبَنُ(٤) على صاحبِ اللَّبِنِ للعُرْفِ، وإنْ كانَ العُرْفُ في بلدٍ على خلافِه يُؤْخَذُ بهِ.

وقالُوا في الخَيَّاط: الخيطُ عليه، وحَثْيُ الترابِ على القبرِ على الحافرِ إنْ كانَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٠].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤٥٨/٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) الزَّبِيلُ والزِّنْبِيل بمعنى واحد، وهو القُفَّة الكبيرة أو الوِعاء يُحْمَل فيه. والجمْعُ: زَنَابِيل. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) المِلْبَنُ: أداة اللَّبِن. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢٤١/٢].

وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا ، وَهُوَ الْإِرْضَاعُ ، فَإِنَّ هَذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبْ

غاية البيان

في بلدٍ يتعاملُونَ به.

وقالُوا في الطبَّاخِ [٢/٥٠٧ظ] إذا استُؤْجِرَ في عُرْسٍ: إخراجُ المرَقِ عليهِ، فإنْ طبخَ قِدْرًا خاصَّةً فليسَ عليه، وهذا مَبْنِيٌّ على العادةِ.

وإدخالُ الحمْلِ المنزلَ فيما إذا تكارَىٰ الدَّابَّةَ ؛ فعلىٰ ما يَفْعَلُهُ الناسُ، فأمَّا الصعودُ بهِ على السطحِ، أوِ الغرفةِ ؛ فليسَ عليه إلَّا إذا شُرِطَ، ولوْ كانَ حمَّالًا على ظهْرِه فيَجِبُ الإدخالُ، وليسَ عليه الصعودُ بهِ للعُرْفِ.

وقالَ في «شرحِ الكافي»: «ولا يسَعُ الظِّئْرُ أنْ تُطْعِمَ أحدًا مِنْ طعامِهم[١] بغيرِ أمْرِهم ؛ لأنَّ الثابتَ لها حقُّ الأكلِ دونَ الإطعامِ، فإنْ زارَها أحدٌ مِنْ ولدِها فلهم أنْ يَمْنَعُوه مِنَ الكَيْنونةِ عندَها، ولهمْ أن يَمْنَعُوها مِنَ الزيارةِ إذا كانَتْ تُضِرُّ بالصبيِّ ؛ لأنَّها تُخِلُّ بإيفاءِ المُسْتَحقِّ بالعقدِ، وما كانَ مِنْ ذلكَ لَا يُضِرُّ بالصبيِّ، فليسَ لهمْ مَنْعُها ؛ لأنَّ صلةَ الأقاربِ واجبةٌ، فلَا يَجُوزُ الإخلالُ بها».

قولُه: (وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي الْمُدَّةِ مِنْ لَبَنِ شَاةٍ ؛ فَلَا أَجْرَ لَهَا)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[٢]، وهذا هوَ الموضعُ المحالُ عليه عندَ قولِه: (وَسَنُبَيِّنُ الْعُذْرَ عنِ الارتضاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ)، وذلكَ لأنَّ العقدَ وقَعَ على مَنْفَعَةٍ بصفةٍ، فإذا عُدِمَتِ الصفةُ ؛ صارتْ منافعُها مستوفاةً بغيرِ عَقْدٍ ولا شُبهةٍ، فلَا تسْتَحِقُّ الأُجرةَ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «ولوِ استأجرَ ظِئْرًا تُرْضِعُ صبيًّا في بيتِها، فجعلَتْ تُوجِرُه[٣] بلبنِ الغنمِ، وتَغْذُوه بكلِّ ما

---

(١) أي: من طعام أهل الصبي. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٤].
(٣) يقال: أوْجَرَ العليلَ ؛ أي: صَبَّ الوَجُورَ في حَلْقِه. والوَجُورُ: هو الدّواء الذي يُصَبُّ في وسَط الفم.=

الْأَجْرُ لِهَذَا الْمَعْنَى أَنَّه اخْتَلَفَ الْعَمَلُ.

قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ؛ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ. كَذَا إِذَا

غاية البيان

يُصْلِحُه حتى استكملَ [٦/٣٢٧و/م] الحولَيْنِ ولها لبنٌ، لم تُرْضِعْه منه بشيءٍ، أوْ ليسَ لها لبنٌ؛ فلَا أجْرَ لها؛ لأنَّها لم تُرضِعِه، أشارَ إلى أنَّ الإرضاعَ ما يَقَعُ بلبنِ الآدَمِيِّ، وما وراءَهُ يَكُونُ إطعامًا، ولَا يَكُونُ إرضاعًا، فلَمْ تأتِ بالمسْتَحقِّ عليها، فلَا تسْتَحِقُّ الأجرَ، فإنْ جحدَتْ ذلكَ، وقالتْ: قدْ أرضَعْتُه؛ فالقولُ قولُها [مع يمينِها؛ لأنَّ الظاهرَ أنَّ الصبيَّ لَا يَبْقَى إلَّا إذا أُرْضِعَ بلبنِ الآدَمِيِّ، فكانَ القولُ قولَها][1] إلَّا أنْ تَقُومَ[2] البَيِّنَةُ على خلافِ ذلكَ فيُؤْخَذُ بها؛ لأنَّها أقوى.

وإنْ أقاما جميعًا البَيِّنَةَ أُخِذَتْ بيِّنتُها؛ لأنَّها تُثْبِتُ استحقاقَ الأجرِ عليه، وإن استأجَرَتْ لهُ ظِئْرًا، فإنْ أرضعَتْه كانَ مِثْلَ هذا في القياسِ، ولكنِّي أستَحْسِنُ أنْ يَكُونَ لها الأجرُ.

وَجْهُ القياسِ: أنَّ المعقودَ عليه إرضاعُها، وقدْ فُقِدَ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ المُسْتَحقَّ عليها فِعْلُ الإرضاعِ، فإذا أتَتْ بهِ بنفسِها، أوْ بنائبِها تسْتَحِقُّ الأُجرةَ، كما في الخِيَاطَةِ وأشباهِها، وتَتَصَدَّقُ بالفضلِ؛ لأنَّها أخذتْ زيادةً لَا على عملٍ منها».

قولُه: (لِهَذَا الْمَعْنَى أَنَّه اخْتَلَفَ الْعَمَلُ)، أي: لأنَّه اختلفَ العملُ، وهوَ بَدَلٌ مِنْ قولِه: (لِهَذَا الْمَعْنَى).

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ؛ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**».

= وقد تقدم التعريف بذلك.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «يقيم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَجْرَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَصِيرُ فِي مَعْنَىٰ قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَقَدْ نَهَىٰ النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ،

هاية البيان

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم في رَجُلٍ دفَعَ غزْلًا إلى حائكٍ يَحُوكُه ثوبًا على النصفِ، قالَ: هذا باطلٌ، وله أجْرُ مِثْلِه، والثوبُ لصاحبِ الغَزْلِ»(١). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وكذلكَ إذا استأجرَ حمَّارًا، أوْ رجلًا يحْمِلُ طعامًا بِقَفِيزٍ منه محمولًا، وكذا لوِ استأجرَ طحَّانًا يطْحَنُ طعامًا بِقَفِيزٍ دقيقٍ منه؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، ويَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله [٢/٥٠٨و]: هذا الذي ذكره محمدٌ رحمه الله قولُ علمائِنا المتقدِّمينَ، وكان مشايخُ بلْخٍ يُجِيزونَ ذلكَ، مثلُ نُصَيْرِ بنِ يحيىٰ، ومحمدِ بنِ سلمةَ.

وقالَ في «خلاصةِ الفتاوىٰ»: «رَجُلٌ دفعَ إلىٰ حائكٍ غزْلًا، وأمَرَه بأنْ ينسجَ لهُ ثوبًا، وبَيَّن صفتَه علىٰ أنَّ رُبعَه أو ثلثَه للحائكِ أجْرًا لعملِه؛ لَمْ يَجُزْ، وكانَ القاضي الإمامُ أبو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ رحمه الله يُفْتِي بجوازِه بنسَفٍ بحُكْمِ العُرْفِ. قالَ: والفتوىٰ علىٰ جوابِ الكتابِ»(٢). إلىٰ هنا لفْظُ «الخلاصةِ».

وقالَ في كتاب الحَرْثِ(٣) مِنْ «صحيحِ البُخَارِيِّ»: قالَ إِبْرَاهِيمُ، وَابْنُ سِيرِينَ، وَعَطَاءٌ، وَالحَكَمُ، وَالزُّهْرِيُّ، وَقَتَادَةُ: «لَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَ الثَّوْبَ بِالثُّلُثِ والرُّبْعِ وَنَحْوِهِ»(٤).

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٩، ٤٤٠].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٢٦].
(٣) لعل المؤلف يقصد كتاب المزارعة، فليس في البخاري ـ فيما بين أيدينا الآن ـ كتاب بهذا الوَسْم، والمزارعة والحرْث بمعنًى.
(٤) علَّقه: البخاري في كتاب المزارعة/ باب المزارعة بالشطر ونحوه [رقم/٨١٩]، عن هؤلاء السادة،=

وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهِ.

أَمَّا فسادُ الْإِجَارَةِ في هذه المسائلِ فلوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنَّه جعلَ الأجرَ [٦/٣٢٧ظ/م] شيئًا معدومًا، وهوَ بعضُ الثوبِ، وبعضُ الطعامِ المحمولِ، والأجرُ يَجِبُ أنْ يَكُونَ موجودًا عيْنًا كانَ أوْ دَيْنًا، فكانَ في معنىٰ قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وقدْ نهىٰ النبيُّ ﷺ عنه(١).

وصورتُه: أنْ يَدْفعَ حِنْطَةً إلىٰ طحَّانٍ يَطْحنُها بِقَفِيزٍ مِن دقيقِ هذه الحِنْطَةِ، وقدْ رَوَيْنَا في أوائلِ كتابِ الْإِجَارَةِ عنْ كتابِ «الآثارِ»: مُسْنَدًا إلىٰ ابْنِ رَافِعٍ، عَنْ أَبِيهِ، عنِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّه مَرَّ بحَائِطٍ فَأَعْجَبَهُ، فقالَ: «لِمَنْ هَذَا؟». فقالَ: لِي يَا رَسُولَ اللهِ اسْتَأْجَرْتُهُ، قالَ: «لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ مِنْهُ»(٢).

والثاني: أنَّ العملَ بحُكْمِ هذه الْإِجَارَةِ إنْ صادفَتْ محلًّا غيرَ مشتركٍ بينه وبينَ المُسْتَأْجِرِ في الابتداءِ، ففي الانتهاءِ صادفَتْ محلًّا [مشتركًا؛ لأنَّه إذا عملَ صارَ شريكًا، ولوْ وقَعَ العملُ ابتداءً وانتهاءً في محلٍّ مشتركٍ، كما لوِ استُؤْجِر لحَمْلِ طعامٍ مشتركٍ، أو لطحنِ حِنْطَةٍ مشتركةٍ بينه وبينَ الطَّحَّانِ؛ لم يَنْعَقِدِ العقدُ أصلًا حتىٰ لَا يَجِبَ الأجرُ، فإذا صادَفَ](٣) محلًّا غيرَ مشْتركٍ ابتداءً، ومشتركًا انتهاءً؛ لَا يَمْنَعُ الانعقادَ، ويَمْتَنِعُ وصفُ الصحَّةِ.

= وقد ذكَر الحافظُ في «الفتح»: مَن وصَلَ هذه المعلَّقات عنهم. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٥/١٢ ـ ١٣].

(١) يشير إلىٰ حديث أَبِي سَعِيدٍ الخدري قَالَ: «نَهَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ عَسْبِ الْفَرَسِ، وَقَفِيزِ الطَّحَّانِ». أخرجه أبو يعلىٰ في «مسنده» [٢/٣٠١]، والدارقطني في «سننه» [٣/٤٧]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٥/٣٣٩]، عن أَبِي سَعِيدٍ الخدري ﷺ به.
قال ابنُ حجر: «في إسناده ضعف». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٧/٣٩]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٩٠].

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

ثُمَّ إذا فسدَتِ الْإِجَارَةُ علىٰ جوابِ الكتابِ ؛ كانَ للعاملِ أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه لم يرْضَ بعملِه مجانًا ، فإذا سلمَ عملَه ولم يسْلَمْ لهُ المُسمَّىٰ ؛ كانَ لهُ أَجْرِ المِثْلِ ، لكنْ لَا يُجَاوزُ بهِ قِيمَةَ المُسمَّىٰ ؛ لأنَّ العاملَ رَضِيَ بذلكَ القدْرِ ، فلَا يسْتَوجِبُ الزيادةَ ، وفي الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ لَا يُزَادُ علىٰ قِيمَةِ المُسمَّىٰ إلَّا إذا كانَ الفسادُ لجهالةِ المُسمَّىٰ ، بأنْ سَمَّىٰ الأجرَ دَابَّةً أَوْ ثوبًا ، فحينئذٍ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ بالغًا ما بلَغَ .

وكذا إنْ فسدتِ الْإِجَارَةُ لفواتِ شرْطٍ مرغوبٍ مِن جهةِ الأجيرِ ، كما لوْ آجَر دارَه كلَّ شهرٍ بعشرةِ دراهمَ علىٰ أنْ يَعْمُرَها ، ويؤدِّي نوائبَها ؛ فسدَتِ الْإِجَارَة ، فإنْ لم يَعْمُرْها المُسْتَأْجرُ ، ولم يُؤَدِّ نوائبَها ؛ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ بالغًا ما بلغَ ، ولا يَنْقُصُ عنِ المُسمَّىٰ .

وكذا لوْ قالَ: آجرتُكَ هذه الدارَ شهرًا بعشرةٍ علىٰ ألَّا تسْكنَها ؛ فسدَتْ هذه الْإِجَارَةُ ، فإنْ سكَنَها يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ بالغًا ما بلَغَ ، يُزَادُ علىٰ المُسمَّىٰ ، ولا يَنْقُصُ عنه ، وهذا أيضًا يَرْجعُ إلىٰ جهالةِ المُسمَّىٰ في الحقيقةِ . كذا قالَ الإمامُ فخرِ الدِّينِ قاضي خان ﷺ[1] ، وإنَّما كانَ الثوبُ لصاحبِ الغَزْلِ ؛ لأنَّه صاحبُ الأصلِ .

وأمَّا مشايخُ بلخٍ: فإنَّما جوَّزوا ذلكَ ؛ لأنَّ الناسَ تعامَلُوا بذلكَ حيثُ احتاجُوا إليه ، ووجدُوا لهُ نظيرًا ، وهوَ المُزَارَعَةُ والمعاملةُ .

قالَ في مُزَارَعَةِ «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «وفرَّقَ الحاكمُ عبدُ الرحمنِ[2] في

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٠] .

(٢) هو عبد الرحمن بن محمد بن حسكا ، أبو سعيد القُزِّي . مِن قُز: محلة بنيسابور . لَمْ يكن في أصحاب أبي حنيفة أسند منه . وكانت له رحلة إلىٰ العراق . ومِن تصانيفه: «الجامع الصغير» ، (توفيٰ سنة: ٣٧٤هـ) . ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٣٠٤] ، و«تاج التراجم» لابن قُطْلُوبُغا [ص/١٨٤] .

وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الإِجَارَاتِ، لَا سِيَّمَا فِي دَارِنَا[١]، وَالْمَعْنَىٰ فِيهِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الْأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ الْمَنْسُوجِ وَالْمَحْمُولِ، وَحُصُولُهُ بِفِعْلِ الْأَجِيرِ فَلَا يُعَدُّ قَادِرًا بِفِعْلِ غَيْرِهِ، ....

غاية البيان

[٤/٣٢٨و/م] «الجامع الصغير»: بيْن هذا، وبيْن قَفِيزِ الطَّحَّانِ، فقالَ: قَفِيزُ الطَّحَّان منصوصٌ عليه، فلَا يُمْكِنُ تغييره بالتعاملِ، أمَّا هذا فليسَ بمنصوصٍ عليه، فيُعْتَبَرُ فيه التعاملُ، قالُوا: والحيلةُ في جوازِ قَفِيزِ الطَّحَّان: أنْ يَشْتَرِطَ صاحبُ الحِنْطَةِ قَفِيزًا مِنَ الدقيقِ الجيدِ، ولا يَقُولُ: مِنْ هذه الحِنْطَةِ؛ لأنَّ الدقيقَ إذا لَمْ يَكُنْ مضافًا إلىٰ حِنْطَةٍ بعينِها؛ يَجِبُ في الذمَّةِ، ثُمَّ إذا طحنَ يُعْطيه الدقيقَ مِن دقيقِ هذه الحِنْطَةِ إنْ شاءَ، فيَجُوزُ»[٢].

قولُه: (وَهَذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الإِجَارَاتِ)، أي: جعْلُ الأجرِ بعضَ ما يَخْرُجُ مِنْ عملِ الأجيرِ أصلٌ عظيمٌ يُعْرَفُ بهِ حُكْمُ كثيرٍ[٣] مِنَ الإِجَارَاتِ، كما إذا استأجرَه أن يَعْصِرَ لهُ قَفِيزَ سِمْسِمٍ بِمَنٍّ مِنْ دُهْنِه، وكذلكَ إذا دفَع أرضَه ليغْرِسَ شجرًا علىٰ أنْ يَكُونَ الأرضُ والشجرُ بينهما نصفينِ؛ لَمْ يَجُزْ، والشجرُ لربِّ الأرضِ، وعليه قِيمَةُ الشجرِ، وأجْرُ ما عَمِلَ. كذا في «الشاملِ».

[٢/٥٠٨ظ] وكذا لوِ استأجرَه ليغْزِلَ هذا القُطْنَ، أوْ هذا الصُّوفَ برطْلٍ مِنْ غَزْلِه، وعلىٰ هذا اجتناءُ القُطْنِ بالنصفِ، ودِيَاس الدُّخْنِ[٤] بالنصفِ، وحصادِ الحِنْطَةِ بالنصفِ ونحوِ ذلكَ، كلُّه لَا يَجُوزُ.

(١) في حاشية الأصل: «خ: في ديارنا».
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/٣٢٢].
(٣) وقع بالأصل: «كبير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) الدُّخْنُ - بضَمّ الدال -: هو الجَاوَرْسُ، وهو حَبٌّ يُشْبِه الذُّرَة وهو أصغر منها، وأصْلُه كالقَصَب أقْصَر ساقًا مِن الذُّرَة. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَهَذا بخلافِ مَا إِذَا استأجَرَه لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ؛ حيثُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ مَلَكَ الْأَجْرَ فِي الْحَالِ بِالتَّعْجِيلِ فَصَارَ حَامِلاً طَعَامًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا.

وَمِنْ اِسْتَأْجَرَ رَجُلاً يَحْمِلُ طَعَامًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لَا يَجِبُ الْأَجْرُ؛ لِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَلَا يُجَاوِزُ بالْأَجرِ قَفِيزًا؛ لِأَنَّهُ لِمَا فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ فَالْوَاجِبُ الْأَقَلُّ مَا سُمِّي وَمِنْ أَجْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحَطِّ الزِّيَادَةِ، وَهَذَا بِخَلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَا فِي الِاحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الْأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصِحّ الْحَطُّ.

غاية البيان

قولُه: (وَهَذَا بخلافِ مَا إِذَا استأجَرَه لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الْآخَرِ؛ حيثُ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ)، أي: هذا الذي ذَكَرْنا مِن فسادِ الْإِجارَةِ فيما إذا استأجَرَ حمارًا لِيَحْمِلَ طعامًا بِقَفِيزٍ منه، بخلافِ تلكَ الصورةِ، فإنَّ ثَمَّةَ الْإِجَارَةِ باطلةٌ حتى لَمْ يَجِبِ الأجرُ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الأجرَ في الحالِ بالتعجيلِ، فيَكُونُ حاملًا طعامًا مشتركًا بينهما، وحاملُ الطعامِ المشتركِ لَا أجْرَ لهُ؛ لأنَّه عاملٌ لنفسِه، ولا يَتَحَقَّقُ تسليمُ العملِ، فلَا يَجِبُ الأجرُ، وفيه خلافُ الشَّافِعِيِّ ﷺ، وسَيَجِيءُ بيانُ ذلكَ عندَ قولِه: (وَإِذَا كانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ).

قولُه: (وَلَا يُجَاوِزُ بالْأَجرِ قَفِيزًا)، يَتَّصِلُ بقولِه: (وَكَذَا إِذَا استأجَرَ حِمَارًا لِيَحْمِلَ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ)، وذلكَ لأنَّ العاملَ رَضِيَ بذلكَ القدرِ، وقدْ مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَهَذَا بِخَلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَا فِي الِاحْتِطَابِ)، يَعْنِي: ثَمَّةَ يَجِبُ الأجرُ بالغًا ما بلَغ على مذهبِ محمدٍ ﷺ، وهنا لَا يُجَاوِزُ الْمُسَمَّى به، وهوَ القَفِيزُ؛ لأنَّه يُمْكِنُ تقديرُه بنصفِ قِيمَةِ المجموعِ؛ لأنَّه مجهولٌ جهالةً فاحشةً، فلَا معنى للحَطِّ إِذَنْ.

قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَخْبِزُ لهُ هَذِهِ الْمَخَاتِيمَ الْعَشَرَةَ الْيَوْم بدرهمٍ؛ فهوَ فَاسِدٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الْإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ عَمَلاً وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الْوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ فَتَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ. وَلَهُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْوَقْتِ يُوجِبُ

وعندَ أبي يوسفَ: لَا يجاوزُ بهِ نصفَ ثمنَ المجموعِ؛ لأنَّه رَضِيَ به، وإنْ كانَ مجهولًا للحالِ، ولكنْ بعَرْضِ أن يَصِيرَ معلومًا [٣٢٨/٦ظ/م] عندَ الجمعِ، فيُقَدَّرُ بهِ، وقدْ مَرَّ في «كتابِ الشَّرِكَةِ».

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في كتابِ «التقريبِ»: «قالَ أبو يوسفَ رحمه الله في شَرِيكَي الاحتطابِ: إذا احتطبَ أحدُهما وأعانَه الآخرُ؛ كانَ للمُعَيَّنِ أَجْرُ المِثْلِ، لَا يجاوزُ بهِ قدْرَ ما شُرِطَ لهُ مِنَ الحطبِ، وقالَ محمدٌ رحمه الله: لهُ أَجْرُ المِثْلِ بالغًا ما بلغَ، وهوَ القياسُ». إلىٰ هنا لفظُ كتابِ «التقريبِ».

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَخْبِزُ لهُ هَذِهِ الْمَخَاتِيمَ الْعَشَرَةَ الْيَوْم بدرهمٍ؛ فهوَ فَاسِدٌ)، [أي][1]: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الرَّجُلَ ليَخْبِزَ لهُ هذه العشرةَ مَخَاتِيم هذا اليومَ كلَّه بدرهمٍ، قالَ: هذا فاسدٌ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ [أصلِ][3] «الجامعِ الصغيرِ»، ولَمْ يذكرِ الخلافَ فيه كما ترىٰ.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وذكرَ في «كتابِ الإِجَارَاتِ»: أنَّ علىٰ قولِهما: الْإِجَارَةُ جائزةٌ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٠].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

كَوْنَ الْمَنْفَعَةِ [١١٩/و] مَعْقُودًا عَلَيْهَا وَذِكْرُ الْعَمَلِ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَلَا تَرْجِيحِ، وَنَفْعُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي وَنَفْعُ الْأَجِيرِ فِي الْأَوَّلِ فَيُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّهُ يَصِحُّ الْإِجَارَةُ إِذَا قَالَ: فِي الْيَوْمِ، وَقَدْ سُمِّيَ عَمَلاً؛ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ فَكَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ الْيَوْمِ.

غاية البيان

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا استأجرَ الرَّجُلُ رَجُلًا يَعْمَلُ لهُ عملًا معلومًا اليومَ إلى الليلِ بدرهمٍ: خياطةً، أو صِبَاغةً[١]، أَوْ خُبزًا، أو غيرَ ذلكَ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: نُجيزُها استحسانًا، ونَجْعلُ الْإِجَارَةَ على العملِ دونَ اليومِ، فإنْ فرَغَ منه في أثناءِ اليومِ؛ فلهُ الأجرُ كاملًا، وإنْ لَمْ يَعْمَلْهُ في اليومِ؛ كانَ عليه أنْ يَعْمَلَهُ في الغدِ»[٢].

وَجْهُ قولِهما: أنَّ قصْدَ المُسْتَأْجِرِ بِالْإِجَارَةِ إقامةُ العملِ، فكانَ ذِكْرُ اليومِ للاستعجالِ تصحيحًا للعقدِ بقَدْرِ الإمكانِ، فكانَ كأنَّهُ قالَ: استأجرتُك لتَعْمَلَ هذا العملَ، واعملْ في هذا اليومِ ولا تُؤخِّرْه، ولوْ قالَ هكذا؛ كانَتِ الإِجَارَةُ جائزةً، فكذا هذا، فصارَ كما لوْ قالَ: إنْ خِطتَه اليومَ فلكَ درهمٌ، وكما ولوِ استأجرَ لرَعْيِ أغنامِه شهرًا.

وَوجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المعقودَ عليه مجهولٌ؛ لأنَّه ذكرَ شَيْئَيْنِ مختلفيْنِ يَصْلُحُ كلُّ واحدٍ منهما أنْ يَكُونَ معقودًا عليه؛ لأنَّ ذِكْرَ العملِ يَقْتَضِي أنْ يَكُونَ المعقودُ عليه نفْسَ العملِ، وذِكْرُ المدة يَدُلُّ على [أنَّ][٣] المعقودَ عليه المَنْفَعَةُ، ولا دليلَ على ترجيحِ واحدٍ منهما، وحُكْمُ كلِّ واحدٍ منهما مختلفٌ؛ لأنَّ المعقودَ عليه إذا كانَ هوَ العملُ: يَصِيرُ أجيرَ مشْتركٍ، فلَا يَجِبُ الأجرُ إلَّا بالعملِ.

---

(١) وقع بالأصل: «صياغة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٥١].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ: وَمَنِ استأجرَ أَرْضًا عَلَىٰ أَنْ يَكْرُبَهَا وَيَزْرَعَهَا، أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا؛

غاية البيان

وإذا كانَ المعقودُ عليه هوَ المَنْفَعَة [٥٠٩/٢و] يَصِيرُ أجيرَ وَحْدٍ، فيَجِبُ الأجرُ بتسليمِ النفسِ في المدَّةِ وإنْ لَمْ يَعْمَلْ، فثَبَتَ أنَّ الْإِجَارَةَ وَقَعَتْ على المجهولِ، والْإِجَارَةُ على المجهولِ باطلٌ، بخلافِ ما إذا استأجرَه على أنْ يَعْمَلَ هذا العملَ، وشَرَطَ عليه أنْ يفرغَ منه اليومَ؛ لأنَّ التعارُضَ [٣٢٩/٦و/م] لم يَقَعْ في قضيةِ العقدِ، فحُمِلَ الشرطُ على الاستعجالِ.

قالَ في «المختلفِ»[1] و«الحصْرِ»: «وكذلكَ لوِ استأجرَ دَابَّةً مِنَ الكوفةِ إلى بغدادَ ثلاثةَ أيامٍ، فهوَ على هذا الاختلافِ».

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وذكرَ هشامٌ عنْ محمدٍ رحمه الله: أنَّه قالَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إذا قالَ: استأجرتُكَ لهذا العملِ هذا اليومَ؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، ولوْ قالَ: في هذا اليومِ؛ فَالْإِجَارَةُ جائزةٌ، قالَ: والمعنى في ذلكَ أنَّه إذا قالَ: «هذا اليومَ»، جعلَ اليومَ مدةَ الْإِجَارَةِ، وإذا قالَ: «في هذا اليومِ»، لَمْ يجعلِ اليومَ مدةً، ولكنْ يَجْعَلِ اليومَ ظرفًا لهذا العملِ.

والمختومُ: الصاعُ بعَيْنِه، وإنَّما سُمِّيَ بِهِ؛ لأنَّه يُجْعَلُ على أعلاهُ خاتمٌ مطبوعٌ؛ كَيْلَا يُزَادَ ولا يُنْقَصَ. كذا في «المغربِ»[2].

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ)، أي: في فصْلِ إضافةِ الطلاقِ إلى الزمانِ في قولِه: (أَنْتِ طَالِقٌ فِي غَدٍ، وقالَ: نَوَيْتُ آخِرَ النَّهَارِ)، وقدْ أمضَيْنا بيانَه ثَمَّةَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ استأجرَ أَرْضًا عَلَىٰ أَنْ يَكْرُبَهَا وَيَزْرَعَهَا، أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا؛

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٠٢/٣].
(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢٤٣/١].

فهو جائزٌ؛ لِأَنَّ الزِّرَاعَةَ مُسْتَحِقَّةٌ بِالْعَقْدِ، وَلَا تَتَأَتَّى الزِّرَاعَةُ إِلَّا بِالسَّقْيِ وَالْكِرَابِ. فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَحَقًّا. وَكُلُّ شَرْطٍ هَذِهِ صِفَتُهُ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ فَذِكْرُهُ لَا يُوجِبُ الْفَسَادَ.

غاية البيان

فهوَ جَائِزٌ)، أيِ: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ مِنَ الرَّجُلِ أرضًا بيضاءَ علىٰ أنْ يَكْرُبَهَا، قالَ: جائزٌ، وإنِ اشترطَ علىٰ أنْ يزرَعَها فجائزٌ، وإنِ اشترطَ علىٰ أنْ يَسْقِيَها فجائزٌ، فإنِ اشترطَ عليه ربُّ الأرضِ أنْ يُثْنِيَهَا[١]؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وكذلكَ إنِ اشترطَ أنْ يُكرِيَ أنهارَها؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وكذلكَ إنِ اشترطَ أن يُسَرْقِنَهَا[٢]؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ»[٣]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

والأصلُ هنا: أنَّ ما كانَ مُلائمًا للعقدِ، لَا يَكُونُ مُفْسِدًا للعقدِ، وما كانَ مخالفًا للعقدِ يَكُونُ مُفْسِدًا له، ثُمَّ بعدَ ذلكَ نَقُولُ: إنَّما تُسْتأجَرُ الأراضي لمنفعةِ المُسْتَأْجِرِ خاصةً، فكلُّ فِعْلٍ ينتَفِعُ بهِ المُسْتَأْجِرُ خاصةً ـ كَالكِرَابِ والزِّرَاعَةِ، والسَّقْيِ ـ يَكُونُ مُلائمًا للعقدِ.

حتىٰ لوِ استأجَرَها علىٰ أنْ يزْرَعَها ويَكْرُبَها، أو علىٰ أنْ يزرَعَها بغيرِ كِرَابٍ جازَ، وكذلكَ إذا اشترطَ عليه أنْ يسْقِيَها؛ لأنَّه لَا ينتَفِعُ بالزِّرَاعَةِ إلَّا بالكِرَابِ والسَّقْيِ، وليسَ في السَّقْيِ إلَّا مَنْفَعَة المُسْتَأْجِرِ، ولا مَنْفَعَة لربِّ الأرضِ سوىٰ الأجْرِ، فلَمَّا كانَ الشرطُ ملائمًا للعقدِ جازَ، كما إذا استأجَرَ دارًا ليسْكنَها، وكلُّ

---

(١) مِن التثنِيَة، وهو علىٰ حَذْف مضاف، أي: يَثْنِي حَرْثَها. أو أنْ يَكْرُبَها مرتيْنِ. ينظر: «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» لفخر الدين الزيلعي [٥/١٣١].

(٢) يقال: سرْقَنَ الأرضَ، إذا سمَّدَها بالسِّرْقِين، هو الزِّبْل، ويُقال له أيضًا: السِّرجِين، بالجيم. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٠ ـ ٤٤١].

فَإِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يُثْنِيهَا أَوْ يَكْرِيَ أَنْهَارَهَا أَوْ يَسْرِقَنَّهَا فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى أَثَرُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ الْعَقْدِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ. وَمَا هَذَا حَالُهُ يُوجِبُ الْفَسَادَ؛ لِأَنَّ مُؤَاجِرَ الْأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا مَنَافِعَ الْأَجِيرِ عَلَى وَجْهٍ يَبْقَى بَعْدَ الْمُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفْقَتَانِ فِي صَفْقَةٍ وَهِيَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ.

غاية البيان

فِعْلٍ ينتَفِعُ بهِ صاحبُ الأرضِ خاصةً يَكُونُ مخالفًا للعقدِ، فيُفْسِدُه، كشَرْطِ إلقاءِ السِّرْقِين وردِّ الأرضِ مَكْروبةً، وهوَ [٦/٣٢٩ظ/م] أحدُ تأْويلَي[1] التثْنيةِ، وتكْرارُ الكِرَابِ، وهوَ التأويلُ الآخرُ في التثْنيةِ.

قالَ الصدرُ الشهيدُ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «أمَّا التثْنيةُ: فهيَ أنْ يردَّها مكروبةً عندَ البعضِ، وأن يَكْرُبَها مرتينِ عندَ البعضِ، وهوَ **الصحيحُ**، فإنه شرْطٌ لَا يقتضِيه العقدُ، ولأحدِ المتعاقِدَيْنِ فيه مَنْفَعَةٌ، فصارَ مُفْسِدًا».

ثُمَّ قالَ: «هذا في ديارِهم، وديارِ نَسَفٍ[2]، وبعضِ ديارِنا؛ لأنَّ الأرضَ تَخْرُجُ خارجًا تامًّا بالكِرَابِ مرةً»[3]، فيَكُونُ هذا الشرطُ في مِثْلِ هذا الموضعِ شرطًا لَا يقتضِيه العقدُ، فأَمَّا إذا كانَ في موضعٍ يَحْتَاجُ إلى الكِرَابِ مرتيْنِ؛ لَا يَكُونُ اشتراطُ التثنيةِ مُفْسِدًا للعقدِ؛ لأنَّه مِنْ مُقْتضياتِ العقدِ، فأَمَّا إذا شرطَ أنْ يُسْرِقَنَها، فلأنَّ منفعتَه تَبْقَى إلى العامِ القابلِ، فيَكُونُ هذا شرطًا لَا يقتضِيه العقدُ، ولأحدِ العَاقِدَيْنِ فيه مَنْفَعَةٌ.

وأمَّا إذا شرَطَ كَرْيَ الأنهارِ: فلأنَّه على الأجْرِ؛ لأنَّه مِنْ جملةِ التمْكِينِ مِنَ الانتفاعِ [٢/٥٠٩ظ]، فاشتراطُه على المُسْتأْجرِ يخالِفُ مُقْتَضَى العقدِ.

---

(١) وقع بالأصل: «تأويل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وهي بلدة بين جيحون وسمرقند، وتسمى «نخشب» أيضًا، وإليها ينسب جمع من العلماء. ينظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي [٣/١٦٤، و٥/٢٧٦].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٥١٢].

ثُمَّ قِيلَ: الْمُرَادُ بِالتَّثْنِيَةِ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً وَلَا شُبْهَةَ فِي فَسَادِهِ. وَقِيلَ: أَنْ يَكْرُبَهَا مَرَّتَيْنِ فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الْأَرْضُ الرَّيْعَ بِالْكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالْمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ لَا يَبْقَى مَنْفَعَتُهُ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِكَرْيِ الْأَنْهَارِ الْجَدَاوِلُ، بَلْ الْمُرَادُ مِنْهَا الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى مَنْفَعَتُهُ فِي الْعَامِ الْقَابِلِ.

غاية البيان

ثُمَّ اختلفَ المشايخُ رحمهم الله فيه: منهم مَن سوَّى بينَ الأنهارِ وبينَ الجداولِ؛ عمَلًا بإطلاقِ لفْظِ الكتابِ، وهذا القولُ مختارُ الشيخِ الإمامِ الأجَلِّ أبي بكرٍ خُوَاهَرْ زَادَه، وبه كانَ يُفْتِي.

ومنهم مَن فرَّق فقالَ: اشتراطُ كَرْيِ الجدَاوِل صحيحٌ؛ لأنَّ ذلكَ واجبٌ على المُسْتَأْجرِ بدونِ الشرطِ، فإنَّه لَا يَبْقَى أثرُه بعدَ العامِ، فإذا شرطَ على المُسْتَأْجرِ، فقدْ شرطَ ما يقتضِيه العقدُ، فلَا يَفْسُدُ العقدُ، وهوَ الصحيحُ».

قالَ الصدرُ الشهيدُ: «وهوَ اختيارُ الشيخِ الإمامِ الأجَلِّ الوالدِ برهانِ الأئمةِ[1] رحمهما الله».

وإلى هذا القولِ ذهبَ صاحبُ «**الهدايةِ**» رحمه الله، حيثُ قالَ: (**وَلَيْسَ الْمُرَادُ بِكَرْيِ الْأَنْهَارِ: الْجَدَاوِل، بلِ الْمُرَادُ مِنْهَا: الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ**)، واحترزَ صاحبُ «**الهدايةِ**» رحمه الله بقولِه: (**هُوَ الصَّحِيحُ**). عنْ قولِ خُوَاهَرْ زَادَه.

وقالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «كَرْيُ الأنهارِ إنَّما يُرَادُ بهِ: الأنهارُ العِظَامُ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ كَرْيِها تبْقَى إلى العامِ الآخرِ، فأمَّا الجَداوِلُ:

(١) برهان الأئمة: هو عبد العزيز بن عُمَر بن أبي سهل البُخَاريّ المعروف بـ: «مَازَه». وبرهانُ الأئمة: هو صاحب «المحيط». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«ن». وقد مضى أن صاحب «المحيط»: هو محمود ـ أو محمد ـ بن أحمد بن عبد العزيز بن عُمَر بن مَازَه البخاريّ المرْغِينانِيّ، بُرهان الدِّين. وهو صاحب: «الطَّرِيقَة البرهانية» أيضًا، ولعله اشتبَه هنا بـ: عبد العزيز بن عُمَر بن مازه الْمَعْرُوف ببرهان الأئمة أبي محمد. وَالِد عُمَر بن عبد العزيز الملقَّب بـ الصدر الشَّهِيد.

قَالَ: وَإِن اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَىٰ، فَلَا خَيْرَ فِيهِ.

فلَا تَبْقَىٰ مَنْفَعَةُ كَرْيِها إلىٰ العامِ الثاني، فلَا بأسَ بهِ، واسمُ الأنهارِ علىٰ الإطلاقِ لَا يَتَنَاوَلُ الجداولَ»[١].

يُقَالُ: كَرَبْتُ الأرضَ أَكْرُبُها كَرْبًا وكِرَابًا؛ إذا أثرتَها للزرْعِ.

وفي المَثَلِ: «الكِرَابُ علىٰ البقرِ»، أي: لَا تُكْرَبُ الأرضُ إلَّا بالبقرِ. يَعْنُونَ: أنَّ ممارسةَ كلِّ أَمْرٍ جرَتْ بآلتِه، وفي لَفْظِ المَثَلِ خلافٌ يُعْرَفُ في «المستَقْصَىٰ»[٢].

وكَرْيُ النهر: حَفْرُه.

قولُه: (قَالَ: وَإِن اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَىٰ؛ فلَا [٦/٣٣٠و/م] خَيْرَ فِيهِ)، أي: [قالَ][٣] في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ الأرضَ لتُزْرَعَ بزراعةِ أرضٍ أخرىٰ، قالَ: لَا خيرَ فيه»[٤]. إلىٰ هنا لَفْظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «قال عَلِيُّ بنُ الجَعْدِ وبِشْرُ بنُ الوليد، عنْ أبي يوسفَ: فيمَنِ استأجرَ عبدًا يَخْدُمُه شهرًا بخدمةِ أَمَةٍ تخْدُمُه شهرًا، فإنَّ أبا حَنِيفَةَ قالَ: هذا فاسدٌ، لَا تَجُوزُ إجارةُ خدمةٍ بخدمةٍ، ولا سُكْنَىٰ بسُكْنَىٰ، ولا زراعةِ أرضٍ بزراعةِ أرضٍ أُخرىٰ، فإنْ خدمَ أحدُهما صاحبَه ولم يخْدِمْه الآخرُ؛ فليسَ عليه أُجْرةٌ، وكذلكَ رُكُوبُ الدابَّةِ بركوبِ دَابَّةٍ أُخرىٰ.

وكذلكَ الأعمالُ كلُّها إذا اتفقَتْ فهيَ بمنزلةِ ذلكَ، وقالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير للبزدوي [ق/٣٢٥].
(٢) ينظر: «المستقصىٰ في أمثال العرب» للزمخشري [٢/٤١٧].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤١].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، وَعَلَى هَذَا إِجَارَةُ السُّكْنَى بِالسُّكْنَى وَاللُّبْسِ بِاللُّبْسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ. لَهُ أَنَّ الْمَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّى جَازَتْ الْإِجَارَةُ بِأُجْرَةِ دَيْنٍ وَلَا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ. وَلَنَا: أَنَّ الْجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يَحْرِمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا

غاية البيان

اختلفَ العَمَلانِ؛ جازتِ الْإِجَارَةُ في الحُرَّيْنِ، والعبدَيْنِ، أو دابتَيْنِ، فإذا اتفقَ العملُ وكان واحدًا؛ فلَا أُجْرةَ»[١].

قالَ أبو الحسنِ ﷺ: «والمختلفان: أنْ يَسْتَأْجِرَ دارًا ليَسْكُنَهَا بزراعةِ أرضٍ، أوْ خدمةِ عبدٍ بسُكْنَى دارٍ، أوْ زراعةِ أرضٍ بركوبِ دَابَّةٍ، فهذا جائزٌ عندَهم جميعًا إذا كانَ مختلفًا، وفاسدًا عندهم جميعًا إذا كانَ متفقًا، ولا اختلاف بين أصحابِنا: أنَّ المتفقَ: الْإِجَارَةُ فيه فَاسِدَةٌ، والمختلفُ جائزٌ، ولَا أَحْفَظُ[٢] أنَّه لَا أجْرَ عليه في المتفقِ إلَّا ما رَوَاهُ عَلِيٌّ وبِشْرٌ عنْ أبي يوسفَ ﷺ، وليسَ عنْ غيرِه خلافُ هذا فيما أَحْفَظُ»[٣]. إلى هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ في «مختصرِه».

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: تَجُوزُ إجارةُ المَنَافِعِ بجنسِها، كَالسُّكْنَى بالسُّكْنَى، والرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ ونحوِ ذلكَ[٤].

له: أنَّ المَنَافِعَ في بابِ الْإِجَارَةِ لها حُكْمُ الأعيانِ، فيَجُوزُ، سواءٌ اختلفَتِ المَنَافِعُ أو اتفقَتْ، كما إذا تبايعا أرضًا بأرضٍ، والدليلُ على أنَّ للمَنَافِعِ حُكْمُ الأعيانِ: لوِ استأجرَ المَنَافِعَ ببدلِ دَيْنٍ جازَ، فلوْ لَمْ يَكُنْ لها حُكْمُ الأعيانِ لَمْ يَجُزْ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٣].
(٢) أي: لا أحْفَظ في اشتراط الأُجْرة في المتفق سوى رواية عَلِيّ وبِشْر وأبي يوسف. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«ن».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٣].
(٤) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٢٩]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٣]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٧٦].

فَصَارَ كَبَيْعِ الْقُوهِي بِالْقُوهِي نَسِيئَةً، وَإِلَىٰ هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ ﵀، وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ جُوِّزَتْ عَلَىٰ خِلَافِ الْقِيَاسِ لِلْحَاجَةِ، وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَنْفَعَةِ.

غاية البيان

لأنَّه يَلْزَمُ الكالِئُ بالكالِئِ، وهوَ مَنْهِيٌّ[1].

ولنا وجهانِ في المسألةِ:

أحدُهما: ما ذكرَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «**شرحِ الكافي**»: «أنَّ محمدَ بْنَ سَمَاعَةَ ﵀ كتَبَ إلىٰ محمدٍ [٥١٠/٢و] بنِ الحسنِ ﵀ في هذه المسألةِ، فكتَبَ إليه في جوابِها: إنَّكَ أطلْتَ الفِكْرَةَ، ولَحِقَتْكَ الحِيرَةُ، وجالسْتَ الْحِنَّائِيَّ[2]، وكانَتْ منكَ زلَّةٌ، أمَا علِمْتَ أنَّ بَيْعَ القُوهِيِّ بِالقُوهِيِّ[3] نَسَاءً لَا يَجُوزُ».

يَعْنِي: أنَّ بيعَ القُوهِيِّ بِالقُوهِيِّ نَسَاءً إنَّما لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ أحدَ وصْفَيْ عِلَّة الربا كافٍ لحُرمةِ النَّسَاءِ، وهوَ الجنسُ في القُوهِيِّ، فكذا في المَنافِعِ إذا اتفقَتْ وجدَ [٣٣٠/٦ظ/م] الجنس فيَحْرُم النَّسَاءُ، وهذا هوَ المرادُ مِن قولِه في المتنِ: (**إِلَىٰ هَذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ** ﵀).

بيانُ ذلك: أنَّ المَنافِعَ لَا تُمْلَكُ للحالِ، بلْ علىٰ تقديرِ وجودِها شيئًا فشيئًا، فمتىٰ تحقَّقَ التأخيرُ، ثبتَ معنىٰ النَّسَاءِ.

(١) يشير إلىٰ حديث ابْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ». ومضىٰ تخريجه.

(٢) **الحِنَّائِيُّ**: رَجُل مُتَّهم في دِينه. كذا جاء في حاشية نسخة الأصل، و«ج»، و«م»، و«ن».
وذكر ابن الهمام في «فتح القدير» [١١٣/٩]: والحنائي اسم محدث كان ينكر الخوض علىٰ ابن سماعة في هذه المسائل ويقول: لا برهان لكم عليها. كذا في «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام [ق/٣٢٥].

(٣) **القُوهِيُّ**: ضَرْب مِنَ الثِّيَاب أَبْيَض. ينظر: «مختار الصحاح» لزين الرازي [ص/٢٦٣/ مادة: قوه].

قَالَ: وَإِذَا كانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَىٰ أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ، فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ؛ فلَا [١١٩/ظ] أَجْرَ لَهُ

والثاني: أنَّ القياسَ يأبىٰ جوازَ الْإِجَارَةِ؛ لكونِ المَنَافِعِ التي هيَ معقودٌ عليها مَعْدُومةً حقيقةً حالَ ورُودِ العقدِ؛ لأنَّه لَا صحةَ للعقدِ إلَّا بقيامِ محلِّ العقدِ، ولكنْ جُوِّزَتْ ضرورةَ دَفْعِ حوائجِ الناسِ بإقامةِ العينِ مقامَ المَنَافِعِ في صحةِ انعقادِ السببِ، فإذا اتفقتِ المَنَافِعُ انعدمتِ الضرورةُ إلىٰ جوازِها؛ لأنَّ الحاجةَ تَنْدَفِعُ بما عندَه، فلَا حاجةَ إلىٰ عَقْدِ الإِجَارَةِ، فبَقِيَ الحُكْمُ على أصْلِ القياسِ، بخلافِ ما إذا استأجرَ المَنْفَعَةَ بخلافِ جنسِها؛ لأنَّ الحاجةَ تمَسُّ إلىٰ تحصيلِ تلكَ المَنْفَعَةِ، فجُوِّزَتْ، فبَطَلَ قياسُ الخَصْمِ.

ولا يَلْزَمُ إجارةُ المَنَافِعِ ببدلِ دَيْنٍ؛ لأنَّا لَمَّا أقَمْنا الدارَ مقامَ المَنَافِعِ تصحيحًا للعقدِ، لم يَلْزَمِ الكالِئُ بالكالِئِ؛ لأنَّ الدارَ عينٌ[١] قائمةٌ، ولكنْ مع هذا شُبهةُ الدَّيْنِيةِ في المَنَافِعِ ثابتةٌ، وحُرمةُ ربا النَّسَاءِ تَثْبُتُ بشبهةِ الدليلِ، فحَرُم النَّسَاءُ إذا اتفقَ الجنسُ بوجودِ[٢] شبهةِ الدليلِ، وهيَ وجودُ أحدِ وصْفَيْ عِلَّةِ الربا، واللهُ الهادي.

ثوبٌ قُوهِيٌّ: منسوبٌ إلىٰ قُوهِسْتان[٣]، وهيَ مِنْ بلادِ فارس، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَىٰ أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ، فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ؛ فلَا أَجْرَ لَهُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

---

(١) وقع بالأصل: «غير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «بوجوب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) قُوهِستان: بضم أوله ثم السكون ثم كسْر الهاء، وسين مهملة، وتاء مثناة مِن فوق، وآخره نون، وهو تعريب: «كوهستان»، ومعناه: موضع الجبال. ينظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي [٤/ ٤١٦].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ الْمُسَمَّىٰ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَبَيْعُ الْعَيْنِ ـ شَائِعًا ـ جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اِسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيَضَع فِيهَا الطَّعَامَ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ. وَلَنَا: أَنَّهُ اِسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وُجُودَ لَهُ؛

غاية البيان

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في طعامٍ بينَ رجُلَيْنِ، استأجرَ أحدُهما دَابَّةَ صاحبِه؛ لِيَحْمِلَ الطعامَ الذي هوَ بينهما، قالَ: لَا أجْرَ له»(١). إلىٰ هنا لفْظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: تَصِحُّ الْإِجَارَةُ ويَجِبُ الأجْرُ المُسمَّىٰ؛ لأنَّه إجارةٌ ببدلٍ معلومٍ لعملٍ معلومٍ في محلٍّ هوَ مِلْكُ المُسْتَأْجِرِ، وقدْ أوْفَاه الأجيرُ، فيَجِبُ لهُ الأجرُ(٢).

ولنا: أنَّه استأجَرَه لعملٍ لَا وجودَ له، فصارَ كإجارةِ ما لَا مَنْفَعَةَ لهُ.

وإنَّما قلْنا ذلكَ: لأنَّه استأجَرَه لعملٍ في محلٍّ شائعٍ، وإيقاعُ العملِ في الشَّائعِ لَا يُتصَوَّرُ، فلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ، ولأنه عامِلٌ لنفسِه، والإنسانُ لَا يسْتَحقُّ علىٰ عملِه لنفسِه أجرًا؛ لأنَّه لَا يَتَمَيَّزُ نصيبُه مِنْ نصيبِ شريكِه؛ لكونِه شائعًا، فيَكُونُ عاملًا لنفسِه في كلِّ جزءٍ مِنَ المعقودِ عليه.

وعَلَّلَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: بأنَّ المُسْتَأْجرَ يتوصَّلُ إلىٰ حَمْلِ نَصِيبِه بحَمْلِ نصيبِ شريكِه، فصارَ كأنَّ المُسْتَأْجرَ استأجَرَه ليحْمِلَه، واشترطَ للأجيرِ مَنْفَعَةً [٦/٣٣١و/م] سوىٰ الأجرِ، فصارَ بمنزلةِ بَيْعٍ وسلَفٍ.

ثُمَّ إذا حمَلَ لَا يَجِبُ لهُ الأجرُ؛ لأنَّ الأجرَ يَجِبُ في الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ إذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤١].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٢٩]. و«كفاية النبيه شرح التنبيه» لابن الرفعة [١١/٢٤٠].

لِأَنَّ الْحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ

غاية البيان

كانَ لهُ نظيرٌ من الْإِجَارَةِ الجائزةِ، وهذه الْإِجَارَةُ لَا نظيرَ لها منَ الإِجَارَاتِ الجائزةِ؛ لأنَّه استأجرَه لعمَلٍ هوَ فيه شريكٌ.

وقالَ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «قال ابنُ سَمَاعَةَ عنْ محمدٍ في طعامٍ بينَ رَجُلَيْنِ، ولأحدِهما سفينةٌ، فأرادا أنْ يخرجَا بالطعامِ مِنْ بلدِهما إلىٰ بلدٍ آخرَ، فاستأجرَ أحدُهما نصفَ سفينةِ صاحبِه بحِصَّتِه بعشرةِ دراهمَ؛ فهوَ جائزٌ، وكذلكَ لوْ أرادا أن يطْحَنا الطعامَ، فاستأجَرَ نصفَ الرَّحَىٰ الذي لشريكِه».

قالَ: «وكذلكَ لوِ استأجرَ منه أنصافَ جوَاليقِه هذه لِيَحْمِلَ فيها هذا الطعامَ إلىٰ [٢/٥١٠ظ] مكةَ، فهوَ جائزٌ، ولوِ استأجرَ عبْدَ صاحبِه، أو دَابَّةَ عبْدِ صاحبِه، أو دابتَه ليَحْمِلَه، أوِ استأجرَ العبدَ ليحفظَ الطعامَ، وسواءٌ استأجرَ العبدَ، أوِ الدَّابَّةَ كلَّهُ، أو نصْفَه؛ فإنَّ ذلكَ لَا يَجوزُ، فإنْ حَمَلَ علىٰ الدَّابَّةِ فلَا أجْرَ لهُ».

ثُمَّ قالَ الكَرْخِيُّ: «قالَ محمدٌ ﵀: وكلُّ شيءٍ استأجرَ مِنْ صاحبِه ممَّا يَكُونُ عملًا؛ فإنَّه لَا يَجُوزُ، وإنْ عَمِلَه فلَا أجْرَ لهُ، وكلُّ شيءٍ ليسَ يَكُونُ عملًا استأجرَ أحدُهما مِنْ صاحبِه؛ فهوَ جائزٌ»(١).

وقالَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ ﵀ في «الكفايةِ»: «والأصلُ: أنَّ في كلِّ موضعٍ لَا يُسْتَحَقُّ الأجرُ إلَّا بإيقاعِ عملٍ في العينِ المشتركِ لَا يجوزُ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ، كما في نَقْلِ الطعامِ المشتركِ بنفسِه، أوْ دابتِه، أو غلامِه، وكلُّ ما يُسْتَحَقُّ بدونِ إيقاعِ عمَلٍ في المشتركِ يَجُوزُ، وفي الدارِ والسفينةِ والرَّحَىٰ: يَجِبُ الأجرُ بوَضْعِ العينِ في الدارِ والسفينةِ والرَّحَىٰ، لَا بإيقاعِ عمَلٍ».

قولُه: (لِأَنَّ الْحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ)؛ لأنَّه لَا يَمْتَازُ نصيبُ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٣].

حُكْمِي، فَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ، وَلِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكُهُ فِيهِ فَيَكُونُ عَامِلاً لِنَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ، **بخلافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لأنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ الْمَنَافِعُ، وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بدونِ وَضْعِ الطَّعَامِ وَبخلافِ الْعَبْدِ**؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ

غاية البيان

المُسْتَأْجِرِ مِنْ نصيبِ العاملِ، وكلُّ جزءٍ فرَضتَه في الشَّائعِ، فللعاملِ فيه نصيبٌ، فيَكُونُ عاملًا في ذلكَ الجزءِ لنفسِه لَا للمُسْتَأْجِرِ، والمُسْتَأْجِرُ إنَّما استأجَرَه ليعْمَلَ لهُ لَا لنفسِه، ولا أجْرَ للعاملِ لنفسِه.

قولُه: (بخلافِ الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ؛ لأنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ الْمَنَافِعُ، وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بدونِ وَضْعِ الطَّعَامِ)، هذا جوابٌ عنْ قياسِ الخَصْمِ بقولِه: **(كَمَا إِذَا استأجرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ)**، **يَعْنِي**: أنَّ المعقودَ عليهِ في المتنازعِ فيه إيقاعُ العملِ، وهوَ لَا يُتصَوَّرُ في الشَّائعِ، فلَا يَجُوزُ، ولا يَجِبُ الْأَجْرُ، بخلافِ الدارِ المشتركةِ إذا استأجَرها أحدُ الشريكَيْنِ لوَضْعِ الطعامِ؛ فإنه يَجُوزُ ويَجِبُ المُسمَّىٰ؛ لأنَّ المعقودَ [٣٣١/٦ظ/م] عليه المَنَافِعُ لَا إيقاعُ العملِ في العينِ المشتركةِ، فأمْكَنَ التَّسْلِيمُ في المعقودِ عليه، ولهذا يَجِبُ الأجرُ بمجردِ وَضْعِ الطعامِ بلَا إيقاعِ عملٍ في الدارِ، أو يَجِبُ الأجرُ أيضًا إذا سلَّمَ المفتاحَ ولمْ يضعْ فيها الطعامَ إلىٰ انقضاءِ المدةِ.

قولُه: (وَبخلافِ الْعَبْدِ)، جوابٌ عمَّا قاسَ عليه الخَصْمُ فيما إذا استأجرَ عبدًا مشتركًا ليَخيطَ لهُ الثيابَ، **يَعْنِي**: أن المُسْتَأْجِرَ للعبدِ المشتركِ يمْلِكُ مَنْفَعَةَ نصيبِ صاحبِه، والمِلْكُ أمْرٌ حُكْمِيٌّ، فيُمْكِنُ إثباتُه حُكْمًا، وإنْ لَمْ يُمْكِنْ حِسًّا، بخلافِ المتنازَعِ فيهِ؛ لأنَّه أمْرٌ حِسِّيٌّ لَا يُتصَوَّرُ في الشَّائعِ؛ لعدمِ الامتيازِ حِسًّا.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ **في «شرحِ الكافي»**: «ولوْ كانَ بين رَجُلَيْنِ طعامٌ، فاستأجَرَ أحدُهما صاحبَه ليَحْمِلَهُ، أوْ لِيَطْحَنَهُ؛ لَمْ يَجُزْ»،

وَأَنَّهُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمْكِنُ إِيقَاعُهُ فِي الشَّائِعِ. وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّه يَزْرَعُهَا، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا، وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالْأَرْضِ مَا لَا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ، فَلَمْ يَكُنِ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا.

غاية البيان

قالَ: «وكذلكَ نَسْجُ الغزْلِ، ورَعْي الغنمِ التي بينهما، لَا أجْرَ لهُ في ذلكَ».

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّه يَزْرَعُهَا، أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا؛ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ)، وهذهِ منْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ الأرضَ ولم يُسَمِّ أَنَّه يزْرعُ فيها شيئًا، قالَ: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، فإنِ اختصَمَا قبْلَ أنْ يَعْمَلَ فيها أفْسدتُها، وإنْ زرَعها ومضىٰ الأجَلُ؛ فله الأجرُ الذي سمَّىٰ»(١). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وكانَ القياسُ: أنْ يَذْكُرَ هذه المسألةَ في أوَّلِ بابِ ما يَجُوزُ منَ الْإِجَارَةِ عندَ ذِكْرِ مسألةِ القُدُورِيِّ، وهيَ قولُه: (**وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ، وَلَا يَصِحُّ الْعَقْدُ حَتَّىٰ يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا، أَوْ يَقُول: عَلَىٰ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ**)، ولكنْ مع هذا لَا تُحْمَلُ المسألةُ علىٰ التكرارِ؛ لأنَّ في مسألةِ «**الجامعِ الصغيرِ**» فائدةً وهيَ قولُه: «وإنْ زرَعَها ومضَىٰ الأجلُ؛ فلهُ الأجرُ الذي سمَّىٰ»(٢).

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ إجارةَ الأرضِ لَا تَجُوزُ حتَّىٰ يُبَيِّنَ ما يزرَعُ فيها، أوْ أيَّ شيءٍ يزْرَع فيها، وذلكَ؛ لأنَّ الأرضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وغيرِها مِنَ الغَرْسِ، وحِفْظِ الأمتعةِ وما أشبهَ ذلكَ، فإذا لم يُبَيِّنِ الزِّرَاعَةَ؛ لَا يَصِيرُ المعقودُ عليه معلومًا، ففسَدَ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤١].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الأَجَلُ فَلَهُ المُسَمَّى وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ ﵀؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْجَهَالَةَ اِرْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا،

غاية البيان

العقدُ لجهالتِه، ثُمَّ مِنَ الحبوبِ [٢/٥١١و] التي تُزرعُ ما يَكُونُ أكثرَ ضررًا بالأرضِ، فلَا بُدَّ مِنْ أنْ يُبيِّنَ أيَّ نوعٍ يزْرَعُ فيها حتى لَا يُفْضِي إلى الجهالةِ المفْضيةِ إلى النزاعِ، فإنْ زَرَعَهَا بعدما فسَدَ العقدُ للجهالةِ؛ يتَعَيَّنُ ذلكَ الزرع معقودًا عليه، ويَنْقَلِبُ العقدُ إلى الجوازِ، ويَجِبُ الأجرُ المُسمَّى إذا لَمْ يَكُنْ ذلكَ قبلَ نَقْضِ القاضي العقدَ.

[٦/٣٣٢و/م] **وعندَ زُفَرَ** ﵀: لَا يَنْقَلِبُ العقدُ جائزًا، وإنْ زَرَعَهَا بعدَ نقْضِ القاضي؛ لَا يَعُودُ جائزًا، وقَوْلُ[١] زُفَرَ هوَ القياسُ؛ لأنَّهُ وقعَ فاسدًا، فلَا يَنْقَلِبُ جائزًا إلَّا بالتحديدِ، كما لوِ اشترى شيئًا بخمْرٍ أوْ خِنْزيرٍ.

وقولُ أصحابِنا: هوَ الاستحسانُ، **وَوُجْهُ**: أنَّ عقْدَ الْإِجَارَةِ يُعْقدُ للمُسْتأنفِ، فإذا زَرَع فيها؛ صارَ كأنَّ العقدَ وقعَ على هذا العملِ ابتداءً، فجازَ العقدُ؛ لأنَّ الفسادَ الناشئَ لمكانِ الجهالةِ ارتفَعَ قبْلَ تقرُّرِهِ، فصارَ كأنَّ الجهالةَ ارتفعَتْ حالةَ العقدِ، وإنَّما كانَ للقاضي أنْ ينقضَ الْإِجَارَةَ للجهالةِ، فإذا ارتفعتِ الجهالةُ؛ استغنَى عنِ النقضِ.

كما قلْنا فيمَنْ باعَ شيئًا إلى الحَصادِ، أوِ الدِّيَاسِ، ثُمَّ أسقطا الأجَلَ في المجلسِ أوْ بعْدَه قبلَ أوانِ الحَصادِ أوِ الدِّيَاسِ؛ انقلبَ جائزًا عندَنا خلافًا لِزُفَرَ، وكما[٢] في الصَّرْفِ بشَرْطِ الخيارِ، والأجَلُ إذا أُسْقِطَ ذلكَ قبلَ الافتراقِ؛ يَجُوزُ عندَنا استحسانًا خلافًا لِزُفَرَ ﵀.

(١) وقع بالأصل: «وهو قول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «كما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

كَمَّا إِذَا اِرْتَفَعَتْ فِي حَالَةِ الْعَقْدِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الْأَجَلَ الْمَجْهُول قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي الْمُدَّةِ.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَىٰ بَغْدَادَ بدرهمٍ وَلم يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عليْه، فحمل مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَنَفَقَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتْ الْأُجْرَةُ فَاسِدَةً..

غاية البيان

قولُه: (كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الْأَجَلَ الْمَجْهُولَ)، أرادَ بهِ: ما إذا باعَ إلىٰ الحَصادِ والدِّيَاسِ، ثُمَّ أسقطَ الأجلَ قبْلَ أوَانِ الحَصادِ والدِّيَاسِ جازَ، وفيهِ خلافُ زُفَرَ ﷺ، فعلىٰ هذا جعْلُه مَقِيسًا عليه عندَ ذِكْرِ الدليلِ فيه نَظَرٌ.

قولُه: (وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي الْمُدَّةِ)، يَعْنِي: إذا باعَ بشَرْطِ الخيارِ إلىٰ أربعةِ أيامٍ، ثُمَّ أسقطَ اليومَ الرابعَ الذي هوَ زائدٌ علىٰ مدةِ شرْطِ الخيارِ ـ وهي ثلاثةُ أيامٍ في ثلاثةِ أيامٍ ـ؛ جازَ خلافًا لِزُفَرَ، فعلىٰ هذا في جَعْلِه مَقِيسًا عليه أيضًا عندَ ذِكْرِ الدليلِ فيه نَظَرٌ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَىٰ بَغْدَادَ بدرهمٍ وَلم يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ، فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَنَفَقَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)، وهذه من مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ: في رَجُلٍ استأجرَ مِن رَجُلٍ حمارًا إلىٰ بغدادَ بدرهمٍ، ولم يُسَمِّ ما يحْمِلُ عليه، فحمَلَ عليه مِثْلَ ما يحْمِلُ النَّاسُ، فنفَقَ في بعضِ الطريقِ، قالَ: لَا ضَمَانَ علىٰ المُسْتَأْجِرِ، وإنْ بلَغَ بغدادَ فعليه الأجرُ الذي سمَّاه، وإنِ اختصما قبلَ أنْ يَحْمِلَ عليه شيئًا؛ تناقضا الْإِجَارَةَ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٢].

فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الأَجْرُ الْمُسَمَّى؛ ....

﴿ غاية البيان ﴾

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجابيُّ في «شرح الكافي» ـ الذي هوَ «مبسوطِه» ـ: «وإنِ استأجرَها إلى مكانٍ معلومٍ، ولم يُسمِّ ما يحْمِلُ عليها، فإنِ اختصما رددْتُ الْإِجَارَةَ، لأنَّ الحمْلَ يَخْتلِفُ باختلاف [٦/٣٣٢ظ/م] المحمول، فلا بُدَّ مِنْ بيانِه ليَصِيرَ العملُ معلومًا، فإذا لمْ يُبيِّنْ فسدَ العقدُ، فأَرُدُّ الْإِجارة عند اختصامِهما.

وإنْ حَمَلَ عليها، أوْ رَكِبَها إلى ذلكَ المكانِ، فعليه ما سمَّاهُ مِنَ الكِراءِ استحسانًا؛ لأنَّا جَعلْنا التعيينَ بالفعلِ كالتعْيينِ بالقولِ في حالةٍ لها حُكْمُ ابتداءِ العقدِ؛ لأنَّ العقدَ في حقِّ الحُكْمِ يَنْعَقِدُ عندَ حدوثِ المَنْفَعَةِ، ولوْ عَيَّنَ في الابتداءِ صحَّ، فكذا في هذه الحالةِ، وكذا لوِ استأجرَ عبدًا ولم يُسَمِّ ما استأجَرَه لهُ». كذا في «شرحِ الكافي».

وقالَ فخرُ الدينِ قاضي خان ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وإنِ اختصما قبلَ أنْ يحملَ عليه، فالقاضي يَنْقُضُ الْإِجَارَةَ؛ لأنَّ العقدَ فاسدٌ ما لمْ يحْمِلْ عليه، وكذا لوِ استأجرَ ثوبًا للُّبْسِ، ولمْ يُعَيِّنِ اللابِسَ لَا يَجُوزُ؛ لأنَّ الناسَ يَتَفَاوَتُونَ، فإنْ عَيَّنَ اللابِسَ بعدَ ذلكَ يَجُوزُ استحسانًا»[١].

وإنَّما قَيَّدَ بقولِه: «حمَلَ مِثْلَ ما يحْمِلُ الناسُ»، وأرادَ بهِ: الحَمْلَ المعتادَ؛ لأنَّه إذا حمَلَ غيرَ [٢/٥١١ظ] المعتادِ فهَلَكَ الحمارُ؛ يَجِبُ أنْ يَضْمَنَ، وإنَّما لم يَجِبِ الضَّمَانُ في الحَمْلِ المعتادِ لعدمِ المخالفةِ؛ لأنَّ مُطْلَقَ الإِذْنِ يَنْصَرِفُ إلى المعتادِ، ولمْ يتعَدَّ المعتادُ، والعينُ أمانةٌ في يدِ المُسْتَأْجرِ؛ لأنَّه قبَضَها بإذْنِ المالكِ، ولمْ يُوجَدْ منه الخلافُ بعدَ ذلكَ، فلَا يَضْمَنُ، وهذا لأنَّ حُكْمَ الفاسدِ يُؤْخَذُ مِنَ الصحيحِ، ففي الْإِجَارَةِ الصحيحةِ إذا لمْ يُوجَدِ الخلافُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، فكذا

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩].

اسْتِحْسَانًا عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ.

وَإِنْ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ نَقَضْتُ الْإِجَارَةُ دَفْعًا لِلْفَسَادِ إِذِ الْفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ.

غاية البيان

فِي الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ فكيفَ، وقدْ انقلبَ العقدُ جائزًا بالحَمْلِ المعتادِ استحسانًا.

قولُه: (فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ).

أرادَ بها[١]: ما إذا استأجرَ أرضًا لِلزِّرَاعَةِ، ولمْ يُسَمِّ ما يَزْرَعُهَا، ثُمَّ زرَعها ومضىٰ الأجلُ؛ يَجِبُ الأجرُ المُسمَّىٰ استحسانًا، فكذا هذا إذا حمَل إلىٰ بغداد يَجِبُ الأجرُ المُسمَّىٰ استحسانًا.

قولُه: (إِذِ الْفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ)، أي: فسادُ العقدِ ثابتٌ بعدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ قبلَ الحملِ علىٰ الحمارِ، وقبْلَ المُزَارَعَةِ في الأرضِ، تَنْتَقِضُ الْإِجَارَةُ رفْعًا[٢] للفسادِ، ولوْ قالَ صاحبُ «**الهدايةِ**»: رفْعًا للفسادِ بالراءِ، مكان قولِه: **(دَفْعًا لِلْفَسَادِ)** بالدالِ؛ كانَ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ الفسادَ قائمٌ يحْتَاجُ إلىٰ الرفع، لَا غير قائمٍ حتَّىٰ يحْتَاجَ إلىٰ الدفعِ، فافْهَمْ.

ويُقَالُ: نفقَتِ الدَّابَّةُ نفوقًا إذا ماتَتْ، ونفَقَ المَتَاعُ نفاقًا، والنفاقُ ضدُّ الكَسادِ، وهما[٣] مِنْ بابِ فعَلَ يفْعُلُ، بفتْحِ العينِ في الماضي، وضمِّها في المضارعِ.

---

(١) وقع بالأصل: «أراد فيها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «دفعًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) وقع بالأصل: «وهي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بَابُ
ضَمَانِ الْأَجِيرِ

قَالَ: الْأُجَرَاءُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنَ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ، فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّىٰ يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ الْعَمَلُ ....

غاية البيان

بَابُ
ضَمَانِ الْأَجِيرِ

لَمَّا فرَغَ عن ذِكْرِ أنواعِ الْإِجَارَةِ صحيحِها وفاسدِها: شرَعَ في بيانِ الضَّمَانِ؛ لأنَّه مِنْ جملةِ العوارِضِ التي ترتَّبَتْ على عَقْدِ الْإِجَارَةِ [٦/٣٣٣و/م]، فيحْتَاجُ إلى بيانِه.

قولُه: (قَالَ: الْأُجَرَاءُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ، فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّىٰ يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»(١).

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «الأجيرُ المشتركُ: القَصَّارُ، والصَّبَّاغُ، والخَيَّاطُ، والصَّائِغُ، وكلُّ مَنْ يسْتَحقُّ الأجْرَ بعملِه دونَ تسليمِ نفسِه»(٢).

ثُمَّ قالَ الكَرْخِيُّ: «الأجيرُ الخاصُّ: مَنِ استحقَّ الأجرَ بالوقتِ دونَ العملِ، وذلكَ كرَجُلٍ استأجرَ رَجُلًا ليَخْدمَه شهرًا بخمسةِ دراهمَ، أو كلِّ شهرٍ بخمسةِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٥٩].

[١٢٠و] أَوْ أَثَرِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ لَمْ تَصِرْ مُسْتَحِقَّةً لِوَاحِدٍ،

غاية البيان

دراهمَ، أو ليقْصُرَ معه، أو ليَخِيطَ معه، أوْ يَعْمَلَ عملًا مِنَ الأعمالِ سَمَّاهُ كلّ شهرٍ بكذا وكذا، أو كلّ يومٍ بكذا وكذا، أو كلّ سَنَةٍ بكذا وكذا، فهذا هوَ الخاصُ»[١].

إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله في «مختصره».

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «الأجيرُ المشتركُ: هوَ أنْ يتقبَّلَ العملَ مِنْ غيرِ واحدٍ، وأجيرُ الوَحْدِ[٢]: أنْ يتقبَّلَ العملَ مِنَ الواحدِ، وفي الأجيرِ المشتركِ العقدُ إنَّما يَقَعُ على تسليمِ العملِ، لَا على تسليمِ النفسِ، والعقدُ في أجيرِ الوَحْدِ يَقَعُ على تسليمِ النفسِ إليه في المدةِ، لَا على تسليمِ العملِ»[٣]. إلى هنا لفظُ «شرحِ الطَّحَاوِيِّ» رحمه الله.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»:

«قالَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهم الله: الأجيرُ المشتركُ عندَنا: القَصَّارُ، والخَيَّاطُ، والإِسْكَافُ، وكلُّ مَنْ يتقبَّلُ الأعمالَ مِنْ غيرِ واحدٍ، وأجيرُ الرَّجُلِ وحْدَه: أنْ يستأجرَ الرَّجُلَ ليخدمَه شهرًا، أو ليَخْرُجَ معه إلى مكَّةَ، أوْ ما أشبهَ ذلكَ[٤].

والأصلُ فيه: أنَّ كلَّ مَنْ يَنْتَهِي عمَلُه بانتهاءِ مدةٍ مَعْلُومَةٍ؛ فهوَ أجيرُ وَحْدٍ، وكلُّ مَنْ لَا يَنْتَهِي عملُه بانتهاءِ مدة مقدَّرةٍ؛ فهوَ أجيرٌ مشْتركٌ؛ لأنَّه إذا انتهى عملُه بمدةٍ تعذَّرَ عليه أنْ يُؤَاجِرَ نفسَه في تلكَ المدةِ مِنْ غيرِه.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٠].

(٢) وقع بالأصل: «العمل من الواحد، وفي الأجير المشترك وأجير الوحد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٢٨٧].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣٥٢/٢]، «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٠]، «الفقه النافع» [١١٢٣/٣]، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق» [١٣٤/٥].

فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّىٰ مُشْتَرَكًا.

وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، إنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْهَا عند أبي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَقَالَا: يَضْمَنَ إِلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمُكَابِرِ.

قولُه: (فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يُسَمَّىٰ مُشْتَرَكًا)، أي: من حيثُ إنَّ منافعَه لم تَصِرْ مستحقَّةً لواحدٍ يُسمَّىٰ هذا الأجيرُ أجيرًا مشتركًا.

قولُه: (وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، إنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْهَا عندَ أبي حَنِيفَةَ)، وهذا [٥١٢/٢و] لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصرِه»[1]، ويَضْمَنُه عندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «فإذا سُلِّمَ إليه ما استُؤْجِرَ عليه وقبَضه؛ فهوَ أمانةٌ في يدِه عندَ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ والحسنِ بنِ زيادٍ رحمهم الله، وهوَ قولُ حمادِ بنِ أبي سليمانَ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله: هوَ مَضْمُونٌ عليه بالقبضِ، إنْ هلكَ في يدِه، أو تَلِفَ بوجهٍ من الوجوهِ؛ ضَمِنَه، إلَّا أنْ يَكُونَ مِن شيءٍ [٣٣٣/٦ظ/م] غالبٍ لَا يُتحفَّظُ مِنْ مِثْلِه، مثلِ: حريقٍ غالبٍ، أو عدوٍّ مُكابِرٍ، أو سارقٍ كذلكَ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختصرِه».

وعندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: يدُ الأجيرِ يدُ أمانةٍ علىٰ الأصحِّ، وفي قولٍ آخرَ عنه: يدُ ضَمَانٍ، وقولٍ ثالثٍ: أنَّ يدَ الأجيرِ المشتركِ يدُ ضَمَانٍ، بخلافِ المُعَيّنِ للعملِ. كذا في «وجيزِهم»[3].

وَجْهُ قولِهما: ما رُوِيَ في «شرحِ الكافي»: أنَّ عُمَرَ بنَ الخَطَّاب رضي الله عنه: «كان يُضَمِّن الصُّنَّاعَ ما أفسدوا مِن مَتَاعِ الناسِ، أوْ ضاعَ علىٰ أيديهم»[4].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٥٩].

(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٤٧/٦].

(٤) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤٣٠/٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عُمَر بن الخَطَّاب رضي الله عنه به.

لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رضي الله عنهما أَنَّهُمَا كَانَا يَضْمَنَانِ الْأَجِيرَ الْمُشْتَرَكَ؛ وَلِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ الْعَمَلُ إِلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبٍ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِنْ جِهَتِهِ كَالْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالْحَرِيقِ الْغَالِبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛

غاية البيان

وَرُوِيَ في «شرحِ الكافي» أيضًا: أن عليًّا رضي الله عنه كانَ يُضَمِّنُ الخَيَّاطَ والقَصَّارَ[1]، ومثلُ ذلكَ مِنَ الصُّنَّاعِ احتياطًا للناسِ أنْ يُضَيِّعوا أموالَهم، وهذا كانَ مِنْ رأيه بَدِيًّا[2]، ثُمَّ رَجَعَ عنه. كذا ذكَرَ شيخُ الإسلامِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في أوَّلِ «كتابِ الإِجَارَاتِ».

ولأنَّ الحفظَ يَجِبُ عليهم بعَقْدِ الْإِجَارَةِ كالعملِ، ثُمَّ العملُ مَضْمُونٌ عليه، ولهذا يَضْمَنُ ما جنَتْ يدُه كالدَّقِّ، فكذا الحفظُ، بخلافِ أجيرِ الوَحْدِ، فإنَّه لَا يَضْمَنُ ما جنَتْ يدُه أيضًا؛ لأنَّ المعقودَ عليه تسليمُ النفسِ لَا العملُ.

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: ما رَوَىٰ محمدٌ رحمه الله في كتابِ **«الآثارِ»**: «عنْ أبي حَنِيفَةَ عنْ حمادٍ عنْ إبراهيمَ: أنَّ شريحًا لمْ يُضَمِّنْ أجيرًا قَطُّ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ كتابِ **«الآثارِ»**، وكانَ حُكْمُ شُرَيْحٍ بحَضْرةِ الصحابةِ والتابعينَ رضي الله عنهم مِن غيرِ نكيرٍ، فحلَّ محلَّ الإجماعِ.

ورَوَىٰ محمدٌ رحمه الله **أيضًا في كتاب «الآثار» أيضًا**: عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه عن

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢١٠٥١]، ومن طريقه ابن حزم في «المحلىٰ» [٨/٢٠٢]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/١٢٢]، عَنْ عَلِيٍّ رضي الله عنه أَنَّهُ «كَانَ يُضَمِّنُ الْقَصَّارَ وَالصَّوَّاغَ، وَقَالَ: لَا يُصْلِحُ النَّاسَ إِلَّا ذَلِكَ».

(٢) البَدِيُّ: الأول من الشيء، ومنه قولهم: افْعَلْ هذا بَادِيَ بَدِيٍّ، أي: أول كل شيء. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١/١٠٩/ مادة: بدا].

(٣) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٢/٦٦١]. عن أبي حَنِيفَةَ بإسناده به.

لِأَنَّ الْقَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي الْمَغْصُوبِ، وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا وَلِهَذَا لَا يُقَابِلُهُ الْأَجْرُ، بِخِلَافِ الْمُودِعِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّ الْحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّى يُقَابِلَهُ الْأَجْرُ.

غاية البيان

بِشْرٍ أو بَشِيرٍ ـ شكَّ محمدٌ ـ عنْ أبي جعْفرٍ محمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ: «أنَّ عَلِيَّ بْنَ أبي طَالِبٍ رضي الله عنه: كانَ لَا يُضَمِّنُ الْقَصَّارَ، وَلَا الصَّائِغَ، وَلَا الْحَائِكَ»(١)، ولأنَّ(٢) العينَ أمانةٌ في يدِه، والأمينُ لَا يَضمَنُ بلَا خيانةٍ، فلَا يَضْمَنُ، ولأنَّ الواجبَ عليه بعقدِ الإجَارَةِ هوَ العملُ، لَا الحفظُ، أَلَا ترىٰ أنَّه يَجِبُ الأجرُ بمقابلةِ العملِ دونَ الحفظِ، فكانَ العملُ مَضْمُونًا دونَ الحفظِ إلَّا أنَّ العملَ لَا يَكُونُ بلَا حِفْظٍ، فثَبَتَ ولايةُ الحفظِ، ولا يَلْزَمُ مِنْ ذلكَ أنْ يَجِبَ الحفظُ.

ولأنَّها عيْنٌ قبَضَها بإذْنِ مالِكِها، لَا علىٰ وَجْهِ التمليكِ والوثيقةِ، فلَا تَكُونُ مَضْمُونَةً كَالوَدِيعَةِ، ولأنَّ قَبْضَه لوْ تعلَّقَ بهِ الضَّمَانُ، لاستوىٰ فيه ما يُمْكِنُ دَفْعُه، وما لَا يُمْكِنُ دَفْعُه كَالغَاصِبِ.

وقولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه قياسٌ؛ لأنَّ المحلَّ أمانةٌ في يدِه، وهلاكُ الأمانةِ مِنْ غيرِ صُنْعٍ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ، وقولُهما استحسانٌ.

ووجْهُه: أثرُ عُمَر رضي الله عنه، قالَ شيخُ الإسلامِ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرحِ الكافي**» قُبَيْلَ بابِ الرَّجُلِ يَسْتَصْنِعُ الشيءَ: «كانَتِ المسألةُ مختلفًا فيها بينَ الصحابةِ والتابعينَ رضي الله عنهم، فأبو حَنِيفَةَ رجَّحَ [٦/٣٣٤م] أقوالَ البعضِ علىٰ البعضِ.

ثُمَّ عندَهما: إذا ضَمَّنه، إنْ شاءَ ضَمَّنه قِيمَةَ الثوبِ مقصورًا، وأعطاه الأجرَ؛

(١) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/١٥٨]، ومحمد بن الحسن في «الآثار» [٢/٦٦١]. عن أبي حَنِيفَةَ بإسناده به.

(٢) وقع بالأصل: «لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ، كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ، وَزَلَقِ الْحَمَّالِ، وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الْحِمْلَ، وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ.

لأنَّه قد سَلَّمَ العملَ إلىٰ المالكِ، وحدثَتْ بفِعْلِه زيادةٌ في الثوبِ، فكانَ عليه الأجْرُ، وعلىٰ الأجيرِ ضَمَانُ الزيادةِ معَ الأصلِ، وإنْ شاءَ ضمَّنَه قِيمَةَ الثوبِ، ولمْ يَأْخُذْ أجْرَ القِصَارَةِ؛ لأنَّه هلَكَ المحلُّ قبْلَ وصولِ العملِ إلىٰ يدِ المُسْتَأْجِرِ حقيقةً، فأَشْبَهَ هلاكَ المَبِيعِ [٥١٢/٢ظ] قبلَ القبضِ». كذا في «**شرحِ الكافي**»، في بابِ متىٰ يَجِبُ الأجرُ للعاملِ.

وقالَ أيضًا فيه في **بابِ ما يَضْمَنُ فيه الأجيرُ**: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: إنْ هلَكَ الثوبُ عندَ القَصَّارِ؛ فلَا ضَمَانَ عليهِ، وهوَ مُؤْتَمنٌ بعدَ أنْ يَحْلِفَ، وكذلكَ لوْ سُرِقَ، وكذلكَ جميعُ العُمَّالِ؛ لانعدامِ الجنايةِ منه، وعندَهما: يَضْمَنُ؛ لأنَّه يَدْخُلُ في ضمانِه بالْعَقْدِ، وإنْ لمْ يتَحَقَّقْ منه جنايةٌ».

قولُه: (**وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ، كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ، وَزَلَقِ الْحَمَّالِ، وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ الْمُكَارِي الْحِمْلَ، وَغَرَقِ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «إلَّا أنَّه لَا يضْمَنُ بِهِ بني آدمَ ممَّنْ غرِقَ في السفينةِ، أوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ»[1]. قالَ صاحبُ «**الهدايةِ**» ﷺ: (**وَإِنْ كانَ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ**).

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»: «وأجمعَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ومحمدٌ وابنُ أبي لَيْلَىٰ: أنَّه مَضْمُونٌ بالعملِ الذي يَأْخُذُ عليه الأجرَ، فيَضْمَنُ القَصَّارُ ما تخرَّقَ مِنْ دَقِّه، أوْ مِن مَدِّه، أوْ مِن غَمْزِه، أوْ بَسْطِه، وكذلكَ الصَّبَّاغُ في ذلكَ كلِّه.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْفِعْلِ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُهُ بِنَوْعَيْهِ الْمَعِيبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الْوَحْدِ وَمُعَيَّنْ الْقَصَّارِ. وَلَنَا: أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْإِذْنِ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تحْتَ الْعَقْدِ وَهُوَ الْعَمَلُ الْمُصْلِحُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْوَسِيلَةُ

غاية البيان

ويَضْمَنُ أيضًا في طَبْخِ الثوبِ، إنْ كانَ ممَّا يُطْبَخُ، وكذا المَلَّاحُ يَضْمَنُ ما كانَ مِن مَدِّه أوْ حَذْفِه، أوْ [مَا][1] يُعالَجُ بهِ السفينةَ للسَّيْرِ، وكذلكَ الحَمَّالُ إذا سَقَطَ حَمَلَه مِن رأسِه، أوْ يدِه، أوْ عثرَ فسَقَطَ ما معه، فإنَّه يَضْمَنُ ذلكَ، وكذلكَ الجَمَّالُ والمُكَارِي إذا كانَ مِن سَوْقِه أوْ قَوْدِه، أو انقطعَ الحبَلُ الذي شدَّه على المَتَاعِ فسَقَطَ المَتَاعُ وفسَدَ، كلُّ هؤلاءِ يضْمَنونَ ما يَفْسُدُ بهِ المَتَاعُ مِن فسادٍ يَلْحَقُه منه عندَ حَمْلِه سفينَتَه، أوْ بسَوْقه لدابةٍ عليه المَتَاعُ أوْ قَوْدُه.

وقالَ حمادُ بنُ أبي سليمانَ وزُفَرُ والحسنُ بن زيادٍ ﷺ: هوَ مُؤْتَمنٌ في ذلكَ لَا يَضْمَنُ، إلَّا أنْ يتَعَدَّى كما يَضْمَنُ المُودعُ إذا تعدَّى، ولا يَضْمَنُ ما كانَ منه مِنْ عملِه المُسْتَأْجرُ عليه؛ لأنَّه مأذونٌ لهُ فيه»[2]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وقالَ الشيخُ علاءُ الدينِ العالمُ في «طريقةِ الخلافِ»: «قالَ علماؤُنا الثلاثةُ ﷺ: الأجيرُ المشتركُ يَضْمَنُ ما جنَتْ يدُه استحسانًا.

والقياسُ: ألَّا يَضْمَنَ، وهوَ قولُ زُفَرَ والشَّافِعِيِّ ﷺ[3].

وصورةُ المسألةِ: إذا دفعَ ثوبًا إلى قَصَّارٍ ليَقْصُرَه بأجْرٍ [٦/٣٣٤ظ/م]، فدَقَّه دَقَّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) لعل كلام الكرخي اختصره المصنف؛ بدلالة أن الشلبي في حاشيته على «تبيين الحقائق» [١٣٥/٥] ساق النص كاملاً.

(٣) في تضمين الأجيرُ المشترك قولان في مذهب الشافعي، وأظهرهما: أنه لا يضمن. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤٢٦/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٦٧/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢٦٧/٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٢٨/٥].

إِلَىٰ الْأَثَرِ وَهُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، حَتَّىٰ لَوْ حَصَلَ بِفِعْلِ الْغَيْرِ يَجِبُ الْأَجْرُ فَلَمْ يَكُنْ الْمُفْسِدُ مَأْذُونًا فِيهِ، بِخِلَافِ الْمُعَيَّنِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالْمُصْلِحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنْ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَأَمْكَنَ تَقْيِيدُهُ.

المثلِ، وتخَرَّقَ الثوبُ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ العالمِ ﷺ.

وقالَ أيضًا في «التحفةِ»: «ولوْ تخرَّقَ بدَقِّ أجيرِ القَصَّارِ، لَا ضَمَانَ عليه، ولكنْ يَجِبُ الضَّمَانُ علىٰ الأستاذِ؛ لأنَّ عملَه ينتَقِلُ إليه كأنَّهُ فعَلَه بنفسِه»[2].

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإذا دَقَّ أجيرُ القَصَّار ثوبًا، فخَرَقَه فضمانُه علىٰ الأستاذِ دونَ الأجيرِ؛ لأنَّا نقَلْنا فِعْلَه إلىٰ الأستاذِ، فكانَ الضَّمَانُ عليه.

ولوْ وَطِئَ الأجيرُ علىٰ ثوبِ القَصَّارِ ممَّا لَا يُوطأُ عليه فخَرَقه؛ كانَ ضمانُه عليه خاصةً؛ لأنَّه ليسَ بمأذونٍ فيه، فاقتصرَ الإتلافُ عليه، وإنْ كانَ ممَّا يُوطَأُ؛ فلَا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّه مأذونٌ في وَطْئِه، ولوْ وَطِئَ القَصَّارُ ثوبًا وَدِيعةً عندَه فتخَرَّقَ؛ كانَ ضامنًا له، وإنْ كانَ ممَّا يُوطَأُ إذا لَمْ يَكُنْ أُذِنَ لهُ في بَسْطِه وَوَطْئِه؛ لأنَّه أَتْلَفَها بغيرِ أَمْرٍ، فيَضْمَنُ». كذا في «شرحِ الكافي».

وَجْهُ قولِ زُفَر ﷺ: أنَّه عمَلٌ مأذونٌ فيه، ولا يَضْمَنُ ما تولَّدَ منهُ، كَالْبَزَّاغِ[3]، والفَصَّادِ، والخَتَّانِ، وأجيرِ الوَحْدِ، والمُعَيِّنِ، وتلميذِ القَصَّارِ.

ووَجْهُ قولِنا: أنَّه أتلفَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذْنِه فيَضْمَنُ، وهذا لأنَّ العقدَ ورَد علىٰ

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٧].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٥٣].

(٣) البَزَّاغ: هو الذي يَبْزُغ الدمَ بالمِشْرَطِ ليسْتَخْرِج الفاسدَ منه، كما يفعل الحَجَّام. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الْوَحْدِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ، وَانْقِطَاعُ الْحَبْلِ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ.

إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسُوقِهِ وَقُودِهِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ ضَمَانُ الْآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّمَا [١٢١/ط] يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَضَمَانُ الْعُقُودِ لَا يَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ.

غاية البيان

العملِ المُصْلِحِ، لَا المُفْسِدِ، فإذا فسدَ مِنْ عمَلِه ضَمِنَ؛ لأنَّه لم يَتَناوَلْه الإذْنُ؛ لأنَّه أمَرَه بالقِصَارَةِ، والتخْريقُ [أو التحريقُ][1] لَا يُسمَّى قِصَارَةَ، فصارَ كما إذا خرَقه قبْلَ [٢/٥١٣و] العقدِ.

بخلافِ الْبَزَّاغِ والفَصَّادِ وَالْخَتَّانِ: فإنَّ العقدَ ورَدَ على فعْلٍ هوَ جرْحٌ، وصفةُ السَّلَامَةِ والبُرْءِ ليسَتْ بداخلةٍ تحتَ العقدِ؛ لأنَّ ذلكَ ليسَ في وُسْعِه، فلمْ يَلْزَمِ الضَّمَانُ إذا لمْ يتجاوَزِ الموضعَ المعتادَ، وهاهنا الدَّقُّ المزَيّنُ في وُسْعِه، والتخريقُ مِن غفْلَتِه وجَهْلِه، فافترقا.

وبخلافِ أجيرِ الوَحْدِ؛ فإنَّ المعقودَ عليه المَنْفَعَةُ لَا العملُ، ولهذا يَسْتَحِقُّ الأجيرُ بتسليمِ النفسِ في المدَّةِ، وإنْ لمْ يَعْمَلْ، فلَمْ يُوجَدْ منه التزامُ سلامةِ العملِ لَا محالةَ، فلَمْ يَلْزَمْهُ الضَّمَانُ، والمعقودُ عليه في الأجيرِ المشتركِ: العملُ، ولهذا لَا يسْتَحِقُّ الأجرَ ما لمْ يُوجَدِ العملُ، فإذا لمْ يسلمِ العملُ بفسادِ المعقودِ عليه؛ لزِمَه الضَّمَانُ، وبخلافِ المُعَيّنِ فإنه وَاهِبٌ لعملِه، والهِبَةُ لَا تقْتَضِي وَصْفِ السَّلَامَةِ.

فأَمَّا تلميذُ القَصَّارِ: فهوَ أجيرُ وَحْدٍ أوْ مُعَيّن، ولا ضَمَانَ على واحدٍ منهما لِمَا قلْنا، ويَجِبُ على الأستاذِ؛ لأنَّ العملَ مضافٌ إليهِ، ولهذا يسْتَوْجِبُ الأجرُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لهُ دَنًّا مِنَ الفُرَاتِ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ بِحِسَابِهِ ....

غاية البيان

بعملِه، فيَصِيرُ كأنَّ الأستاذَ عملَ بيدِ التلميذِ.

وإنَّما لَمْ يَلْزَمِ الضَّمَانُ إذا غرقَ إنسانٌ في السفينةِ، أو سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ؛ لأنَّ ضَمَانَ الآدَمِيِّ لَا يَجِبُ إلَّا بالجنايةِ، وعقْدُ الْإِجَارَةِ [٦/٣٣٥و/م] ليسَ بجنايةٍ، فلَا يَكُونُ سببًا لِلضَّمَان، قيلَ: هذا إذا كانَ ممَّنْ يَسْتَمْسِكُ علىٰ الدَّابَّةِ، ويرْكَبُ وَحْدَه، وإلَّا فهوَ كالمتاعِ.

والصحيحُ: عدمُ الفرقِ، هكذا رَوَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عن أبي يوسفَ ﷺ في الرَّضِيعِ.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لهُ دَنًّا مِنَ الفُرَاتِ، فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي الْمَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ بِحِسَابِهِ**)، وهذه منْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ الرَّجُلَ بقيراطٍ يحْمِلُ لهُ دَنًّا مِنَ الفُراتِ إلىٰ منزلِه، فلَمَّا بلَغَ بعضَ الطريقِ؛ وقعَ منه فانكسرَ، قالَ: إنْ شاءَ ضمَّنه قيمتَه في المكانِ الذي انكسرَ، وأعطاه منَ الأجرِ بحسابِ ذلكَ، وإنْ شاءَ ضمَّنه قيمتَه في المكانِ الذي حمَله فيه، ولا أجْرَ له»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وإنَّما وَضع المسألةَ في الفُراتِ؛ لأنَّ الدِّنَانَ الجديدةَ كانَتْ تُباعُ هنالكَ. كذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٨].

. . . .

غاية البيان

قالَ الإمامُ العَتَّابِيُّ رحمه الله، وأصْلُه: أنَّ الأجيرَ المشتركَ يَضْمَنُ ما جنَتْ يدُه عندَنا خلافًا لِزُفَرَ والشَّافِعِيِّ رحمهما الله؛ لأنَّه مأذونٌ في عملِه، فلَا ضَمَانَ عليه كأجيرِ الوَحْدِ.

ولنا: أنَّ الإذنَ في العملِ المصْلِحِ لَا المفْسِدِ، فيَضْمَنُ كما قبْلَ العقدِ، وقدْ مَرَّ تمامُ البيانِ قبْلَ هذه المسألةِ.

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ زحَمَه الناسُ حتىٰ انكسرَ؛ فإنَّه لَا يَضْمَنُ بالإجماعِ؛ لأنَّ ذلكَ بمنزلةِ الحَرْقِ الغالبِ والغَرقِ الغالبِ، ولوْ أنَّه هوَ الذي زَحَمَ الناسَ حتىٰ انكسرَ؛ فإنه يَضْمَنُ بالإجماعِ»(١). إلىٰ هنا لفظُ **«شرحِ الطَّحَاوِيِّ»**.

ثُمَّ لصاحبِ المَتَاعِ الخيارُ في التضمينِ: إنْ شاءَ ضمَّنه قيمتَه في الموضعِ الذي انكسرَ، وأعطىٰ أجْرَ الحَمَّالِ بحسابِ ذلكَ القدْرِ؛ لأنَّه اسْتَوْفَىٰ بعضَ عملِه، وإنْ شاءَ ضَمَّنه قيمتَه في الموضعِ الذي وقَعَ عليه عقْدُ الْإِجَارَةِ، ولا أجْرَ للحَمَّالِ؛ لأنَّه فسَخَ عمَلَه.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «ذُكِر عن بِشْرٍ أنَّه قالَ: هذا مذهبُهما، فعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: يَنْبَغِي ألَّا يُضَمِّنَه إلَّا في الموضعِ الذي انكسرَ فيه خاصةً؛ لأنَّ مِن أصلِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ الشيءَ لَا يَكُون مَضْمُونًا علىٰ الأجيرِ المشتركِ إلَّا أنْ يهلكَ مِنْ عملِه، وإذا وجَبَ عليه الضَّمَانُ بعملِه؛ وجَبَ أن يُضَمِّنَه في ذلكَ الموضعِ خاصةً».

ثُمَّ **قالَ الفقيهُ**: «ولكنْ يُقَالُ: هذا علىٰ أصلِ أبي حَنِيفَةَ [٢/٥١٣ط] صحيحٌ؛ لأنَّ الضَّمَانَ وإنْ وجَبَ بعملِه، فإنَّما وجَبَ عليه بسببِ عقْدٍ متقدِّمٍ، ولولا ذلكَ العقدُ لَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ، فلَمَّا ثبَتَ أنَّ الضَّمَانَ وجَبَ عليه بالعقدِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيُّ [ق/٢٨٨].

أما الضمان فَلِمَا قلْنا، وَالسُّقُوطُ بِالْعِثَارِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الْحَبْلِ وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الْخِيَارُ فَلِأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالْحِمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعَدِّيًا مِنَ الِابْتِدَاءِ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ. وَلَهُ وَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ ابْتِدَاءَ الْحِمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعَدِّيًا عِنْدَ الْكَسْرِ فَيَمِيلُ إِلَى أَيِّ الْوَجْهَيْنِ شَاءَ. وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي لَهُ الْأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَى، وَفِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَى أَصْلًا.

غاية البيان

فلمَّا هلكَ مِنْ عملِه وجَبَ [٦/٣٣٥ظ/م] الضَّمانُ بذلكَ الفعلِ مستندًا إلى العقدِ، فصاحبُه بالخيارِ: إنْ شاءَ ضمَّنَه بالعقدِ في أولِ ما حَمَلَ؛ لأنَّ العقدَ هو السببُ المُوجِبُ لِلضَّمانِ، وإنْ شاءَ ضَمَّنه في المكانِ الذي انكسرَ فيه؛ لأنَّ الضَّمانَ في الحقيقةِ بالعملِ».

قولُه: (فَلِمَا قلْنا)، إشارةٌ إلى قولِه: (وَلَنَا: أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْإِذْنِ مَا هوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ الْعَقْدِ، وهوَ الْعَمَلُ الصَّالِحُ).

قولُه: (وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي)، أي: فيما إذا ضمَّنَه في الموضعِ الذي انكسرَ[١].

قولُه: (وَفِي الْأَوَّلِ)، أي: وفي الوجهِ الأولِ. أي: فيما إذا ضمَّنَه في المكانِ الذي حَمَلَه.

قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «والراعي بمنزلةِ الأجيرِ المشتركِ إذا كانَ يَرْعى للعامةِ فما تَلِفَ مِن سَوْقِه وضَرْبِه إياها، بخلافِ العادةِ فإنه يَضْمَنُ؛ لأنَّه مِنْ جنايةِ يدِه.

وإذا ساقَ الدوابَّ على الشِّرْعةِ[٢]، فازدحمَتْ على القنطرةِ ودفعَتْ بعضَها

---

(١) وقع بالأصل: «في الموضع المنكسر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) الشِّرْعةُ: هو الطريق الذي يَشْرَع فيه الناسُ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٤٣٩/١].

قَالَ: وَإِذَا فَصَدَ الْفَصَّادُ، أَوْ بَزَغَ الْبَزَّاغُ ولمْ يتجاوز الْمَوْضع الْمُعْتاد؛ فلا ضمان عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذَلِكَ. وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: بِبَيْطَارٌ بَزَغَ دَابَّةً بدانقٍ فَنَفَقَتْ أَوْ حَجَّامٍ حَجَمَ عَبْدًا بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَمَاتَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

بعضًا فسقطَتْ في الماءِ وعَطِبَتْ، فإنه يَضْمَنُ؛ لأنَّه مِنْ جنايةِ يدِه، ولوْ أنَّ رَجُلًا قالَ: استأجرتُك لترعىٰ غنمي خاصةً مدةً مَعْلُومَةً، فهذا أجيرُ الوَحْدِ».

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «الراعي إذا كانَ مشتركًا لَا يَجِبُ عليه رَعْيِ الأولادِ التي تحدُثُ، فإنْ شُرِطَ عليه في أصلِ العقدِ يَجُوزُ، وفي أجيرِ الوَحْدِ يَجِبُ عليه رَعْيِ الأولادِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا فَصَدَ الْفَصَّادُ، أَوْ بَزَغَ الْبَزَّاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ الْمَوْضِعَ الْمُعْتَادَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذَلِكَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[2].

وقالَ محمدٌ في «الجامعِ الصغيرِ»: «عن يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ قالَ للبَيْطارِ: ابْزَغْ دابَّتِي هذه بِدَانِقٍ، ففعلَ وماتَتْ، قالَ: ليسَ عليه شيءٌ»[3].

وقالَ أيضًا: «عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ قالَ لحَجَّامٍ: احْجُمْ عبدي هذا بِدَانِقٍ، فحَجَمَه فماتَ؛ لَمْ يَكُنْ عليه شيءٌ»[4]. إلىٰ هنا لفظُ محمدٍ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وإنَّما لمْ يَجِبِ الضَّمَانُ؛ لأنَّ السِّرَايَةَ إنَّما تَكُونُ لضَعْفِ الطبيعةِ، وذلكَ أمْرٌ باطنٌ لَا يُوقَفُ عليه، فلَمْ يَكُنِ التحرُّزُ في وُسْعِه، فلوْ كانَ عملُه مُقَيَّدًا بشرطِ السَّلَامَةِ؛ لتقاعَدَ الناسُ عنْ هذا العملِ، واختلَّتْ حوائِجُهم، فلهذا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٤٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٩].

(٤) ينظر: المصدر السابق.

. . . .

بخلافِ ما إذا هلكَ مِنْ عملِ القَصَّارِ ونحوِه؛ لأنَّ ذلك من خرْقه، أو تقْصيرِه؛ لأنَّ في وُسْعِه الإتيانَ بالعملِ المصْلحِ دونَ المفْسِدِ، وذلك لأنَّ الفساد إمَّا أنْ يَكُونَ لخُرْقٍ في العملِ بالدَّقِّ، لَا علىٰ الوجهِ الذي يَحْتَمِلُه الثوبُ، أو لخشونةٍ في المدَقَّةِ، أو لخلَلٍ في الثوبِ، بأنْ كانَ فيه حصَاةٌ، أوْ فسادُ طَيٍّ وغير ذلك.

والرَّجُلُ إذا كانَ بصيرًا في صَنْعتِه، يُمْكِنُ التحرُّزُ عنْ ذلك بالمبالغةِ في البحثِ عنِ الخلَلِ والمراقبةِ بالدَّقِّ، فإذا كانَ ذلكَ ممْكِنًا، والمُسْتَأْجِرُ ما رَضِيَ [٦/٣٣٦و/م] إلَّا بهذا الشرطِ؛ انتفىٰ الإذْنُ بالفسادِ ضرورةً، ولأنَّه لَا يَعْلَمُ أنَّ الهلاكَ حصلَ بِفِعْلِ الفَصَّادِ، أوِ الحَجَّامِ إذا لمْ يَتَجَاوَزْ [بهِ][1] الموضعَ المعتادَ؛ لأنَّه فعَلَ ما فعَلَ بالإذنِ، ولم يُوجَدْ مِنْ جهتِه سببٌ يُوجِبُ الضَّمَانَ، بخلافِ ما إذا تجاوَزَ الموضعَ المعتادَ، حيثُ يَضْمَنُ؛ لأنَّهُ فِعْلٌ غيرُ مأذونٍ فيهِ.

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا حجمَ الحَجَّامُ بأجْرٍ، أوْ بزَغَ البَيْطَارُ، أو ختَنَ الخَتَّان بأجْرٍ فماتَ مِنْ ذلكَ؛ فلَا ضَمَانَ عليهم ما لمْ يُخَالِفُوا»[2].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله **في «شرحِ الكافي»** في تعليلِه: «لأنَّ العقدَ انعقدَ علىٰ عملٍ هوَ إفسادٌ في نفسِه، وهوَ الشقُّ والجرْحُ، فكانَ مأذونًا فيه، فلَا يَضْمَنُ، بخلافِ القَصَّارِ؛ لأنَّ العقدَ انعقدَ علىٰ فِعْلٍ [٢/٥١٤و] مُزَيِّنٍ مُصْلحٍ فافترقا، وإنْ فعلُوا بغيرِ أمْرٍ ضَمِنوا».

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التتمةِ»[3]: «الْبَزَّاغُ والفَصَّادُ والحَجَّامُ وَالْخَتَّانُ: لَا يضْمَنونَ بِسِرَايَةِ فِعْلِهم، وهيَ معروفةٌ، فإنْ قطعَ الْخَتَّانُ بعضَ الحَشَفَةِ؛ يَضْمَنُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٤٥].
(٣) من هنا بدأ النقل من «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٤٣].

....

حكومةَ عدْلٍ، فإنْ قطعَ الحَشَفَةَ كلَّها؛ ففيها كمالُ الدِّيَةِ، لكن إنَّما يَجِبُ كمالُ الدِّيَةِ في كلِّ الحَشَفَةِ إذا لم تَتَّصِلْ بهِ السِّرَايَةُ.

أمَّا إذا سرَىٰ فمَاتَ: ففيه نصفُ الدِّيَةِ؛ لأنَّهُ إذا ماتَ فالتلفُ حَصَلَ بفعْلَيْنِ: قطْعُ الجِلْدةِ، وقَطْعُ الحَشَفَةِ، وأحدُهما مأذونٌ فيه، وهوَ قَطْعُ الجِلْدةِ، والثاني لا، فيَتَنَصَّفُ الضَّمَانُ، أمَّا إذا بَرَأَ: فقَطْعُ الجِلْدةِ مأذونٌ فيه، وصارَ كأنْ لمْ يَكُنْ، وقَطْعُ الحَشَفَةِ غيرُ مأذونٍ، فوَجَبَ ضَمَانُ الحَشَفَةِ كاملًا، وهوَ الدِّيَةُ.

فإنْ قيلَ: قَطْعُ الحَشَفَةِ في الإفضاءِ إلىٰ التلفِ فوقَ قطْعِ الجلْدةِ؛ بدليلِ شرْعِيَّةِ هذا دونَ ذلكَ، فلَا يُسَوَّىٰ بينهما، كما في قَطْعِ اليدِ ونحوِه مع حَزِّ الرَّقَبَةِ.

قلْنا عنهُ جوابانِ:

أحدُهما: لِمَ قلْتُم إنْ قَطْعَ الحَشَفَةَ فوقَ قَطْعِ الجلْدةِ في الإفضاءِ؟ والتفاوتُ[1] في المشروعيةِ إنَّما كانَ لتعلُّقِ المَنْفَعَةِ بقَطْعِ الجلْدةِ دونَ قَطْعِ الحَشَفَةِ، أَلَا ترىٰ أنَّ خَدْشَ الجلدةِ أو قرْصَها ليسَ بمشروعٍ، وقَطْعُها مشروعٌ، ثُمَّ هلْ لقائلٍ أنْ يَقُولَ: خدْشُ الجلْدةِ أو قرْصُها فوقَ قَطْعِها في الإفضاءِ إلىٰ التلفِ.

والثاني: إنْ كانَ كما زعمتم لكنَّهما مِن جنسٍ واحدٍ، بمعنىٰ: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَحْتَمِلُ أنْ يَقَعَ إتلافًا، ويَحْتَمِلُ ألَّا يَقَعَ، والتفاوتُ فيما بينَ هذيْنِ الفِعْلَيْنِ لَا يُعْتَبرُ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ ضَبْطُه، بخلافِ حَزِّ الرَّقَبَةِ مع قَطْعِ اليدِ؛ لأنَّ الحَزَّ لَا يَحْتَمِلُ ألَّا يَقَعَ إتلافًا، وقطْعُ اليدِ مُحْتَمِلٌ، فكانَا جنسيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فاعْتُبِرَ ما بَيْنَهُما مِنَ التفاوتِ ولمْ يُسَوَّ بينهما.

فإنْ قيلَ: إذا قطَع رَجُلٌ يدَ غيرِه مِنَ الرُّسْغِ، ثُمَّ جاءَ آخرُ وقطَعَ مِنَ المرفقِ،

(١) وقع بالأصل: «والتقارب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

فماتَ المقطوعُ يده، فمُوجِبُ النفسِ ـ قصاصًا وديةً ـ إنَّما يَجِبُ على الثاني عندَكم، وعلى قياسِ ما ذكرْتُمْ: يَجِبُ أنْ [٦/٣٣٦ظ/م] يَكُونَ عليهما سواءً.

قلْنا: الفِعلانِ وإنْ تجانَسا فيما ذَكَرْنا، فإنَّما يُسَوَّىٰ بينهما إذا كانَ الفعلُ الثاني لَا يُفَوِّتُ محلَّ الفعلِ الأولِ، كما لوْ قطعَ أحدُهما يدَه، والآخرُ قطعَ رِجْلَه، أوْ قطعَ يدَه الأخرىٰ.

أمَّا إذا فوَّتَ الفعلُ الثاني محلَّ الفعلِ الأولِ كما فيما ذكرْتُم مِنَ الصورةِ فلا؛ لأنَّ الفعلَ الأولَ إذا فاتَ محلُّه؛ فاتَ بفواتِ محلِّه، فصارَ كفواتِه مَعْنًىٰ بالبُرْءِ بلْ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ البُرْءَ يُحْتَمَلُ النقضَ، وفي فواتِ المحلِّ لا.

وإذا فاتَ الفعلُ الأولُ بالثاني؛ لَمْ يَكُنْ للأولِ عِبْرةٌ، كما لوْ برأَ الأولُ فأُضِيفَ التلفُ إلىٰ الثاني، فوَجَبَ الضَّمانُ علىٰ صاحِبِه، بخلافِ ما لوْ لمْ يَفُتِ الفعلُ الأولُ بالثاني، وهاهنا قَطْعُ الجلْدةِ وقَطْعُ الحَشَفَةِ لَا يُفَوِّتْ محلَّ أحدِهما بالآخرِ، فيَبْقَىٰ الأولُ مع الثاني، فأمْكَنَ اعتبارُهما، فيُعْتَبَرُ كلُّ واحدٍ منهما، وكذلكَ كلُّ جرحَيْنِ لَا يُفَوِّتُ محلَّ أحدِهما بالآخرِ، فإنهما يُعْتبرانِ جميعًا»[١].

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التتمةِ» أيضًا: «إذا شرطَ علىٰ الحَجَّامِ والْبَزَّاغِ العملَ علىٰ وَجْهٍ لَا يسْرِي؛ لَا يَصِحُّ هذا الشرطُ؛ لأنَّه ليسَ في وُسْعِه ذلكَ، ولوْ شرطَ علىٰ القَصَّارِ العملَ علىٰ وَجْهٍ لَا يتخرَّقُ صحَّ؛ لأنَّ في وُسْعِه ذلكَ. نصَّ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في بابِ ما يَضْمَنُ الأجيرُ»[٢].

وبزَغَ البَيْطَارُ الدَّابَّةَ: إذا شرَطَ قوائمَه، والحديدةُ التي يفْعلُ بها ذلكَ المِبْزَغ،

(١) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٤٤].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٤٥].

وَفِي كلِّ وَاحِدٍ مِنَ العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ بَيَانٍ.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْ السِّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ يَبْتَنِي عَلَىٰ قُوَّةِ الطِّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحَمُّلِ الْأَلَمِ فَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِالْمُصْلِحِ مِنْ الْعَمَلِ، وَلَا كَذَلِكَ دَقُّ الثَّوْبِ وَنَحْوِهِ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّ قُوَّةَ الثَّوْبِ وَدِقَّتِهِ[1] تُعْرَفُ بِالاجْتِهَادِ فَأَمْكَنَ الْقَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ.

قَالَ: وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، كَمَنِ اسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ، أَوْ لِرَعْيِ الْغَنَمِ وَإِنَّمَا يُسَمَّىٰ أَجِيرٌ وَحْدٌ؛

غاية البيان

وهوَ مِنْ بابِ فَتَحَ.

والبَطْرُ: الشقُّ في جِلْدٍ أوْ غيرِه، يُقَالُ: بطَرْتُ الجِلْدَ أبْطُرُه وأبْطِرُه بَطْرًا، وهوَ أصلُ بِناءِ البَيْطَارِ، وقالُوا: رَجُلٌ بَيْطَر وبِيَطْر ومُبَيْطِر، وكلُّه راجعٌ إلىٰ ذلكَ. كذا في «الجمهرة»[2].

قولُه: (وَفِي كلِّ وَاحِدٍ مِنَ العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ بَيَانٍ)؛ لأنَّ في عبارةِ القُدُورِيِّ رحمه الله [٢/١٤٥ظ] قالَ: «ولَمْ يَتَجَاوَزِ الموضعَ المعتادَ»[3]، فَعُلِمَ مِنْ ذلكَ: أَنَّهُ إذا تجاوَزَ يَضْمَنُ.

وقالَ في عبارةِ «الجامعِ الصغيرِ»: «ابْزَغْ دابَّتِي واحْجُمْ عبْدي»[4]، فَعُلِمَ: مِنْ ذلكَ الإذنُ، فلوْ فعَلَ بلَا إذْنٍ ضَمِنَ، وإنْ لم يَتَجَاوَزِ الموضعَ المعتادَ.

قولُه: (قَالَ: وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي الْمُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، كَمَنِ اسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ، أَوْ لِرَعْيِ الْغَنَمِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ

(١) في حاشية الأصل: «خ: ورقته».

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [٣١٥/١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢].

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٦].

لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْمَلَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي الْمُدَّةِ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ وَالْأَجْرُ مُقَابَلٌ بِالْمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبْقَى الْأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ الْعَمَلُ.

قَالَ: وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأَجِيرِ الْخَاصِّ فِيمَا تلف في يده، ولا ما تلف مِنْ عَمَلِهِ ....

غاية البيان

في «مختصرِه»(١).

وقولُه: (وَالْأَجِيرُ الْخَاصُّ)، عَطْفٌ على قولِه: (فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ)، عند قولِه: (الْأُجَرَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرِكٌ. وأَجِيرٌ خَاصٌّ)، وإنَّما سُمِّيَ خاصًّا؛ لأنَّ منافعَه صارَتْ مُسلَّمةً إلى المُسْتَأْجِرِ في المدةِ المعقودِ عليها، بحيثُ لَا يَجُوزُ صَرْفُها إلى غيرِه في تلكَ المدةِ.

قولُه: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْأَجِيرِ الْخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ، وَلَا مَا تَلِفَ مِنْ عَمَلِهِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»(١).

أَمَّا ما تَلِفَ في يدِه: كما إذا ضاعَ أو سُرِقَ ما استُؤْجِرَ عليه، فإنَّما لَمْ يَضْمَنْه على [٦/٣٣٧و/م] أصلِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ـ لأنَّ قَبْضَه بإذْنِ مالكِه ولم يَخُنْ ـ وعلى أصْلِهما؛ لأنَّ الضَّمَانَ في الأجيرِ المشتركِ إنَّما وجَبَ عندَهما صِيانةً واحتياطًا لأموالِ الناسِ عنِ التلفِ استحسانًا ليَزِيدَ في الحفظِ، والأجيرُ الخاصُّ لَا يتسلَّمُ العينَ في العادةِ، بلْ يسلِّمُ نفسَه، فلَا يُشْترطُ عليه سلامةُ العينِ، فأُخِذَ فيه بالقياسِ، وهوَ عدمُ الضَّمانِ(٢).

وأمَّا ما تَلِفَ مِنْ عملِه ـ كالفسادِ في الطبْخِ، والخُبْزِ، والتخْريقِ في الغسْلِ ونحوِ ذلكَ ـ فإنَّما لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ فيه أيضًا؛ لأنَّ منافعَه لَمَّا صارَتْ مُسلَّمةً إلى

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٢].
(٢) ينظر: «الفقه النافع» [١١٢٤/٣]، «تحفة الفقهاء» [٣٥٢/٢]، «بدائع الصنائع» [٧٢/٤، ٧٣]، «تبيين الحقائق» [١٣٧/٥، ١٣٨].

. . . .

المُسْتَأْجِرِ ؛ صارَ عملُه كعملِه ، فلَمْ يَضْمَنْ ؛ لأنَّه صارَ نائبًا منابَه في العملِ ، فكانَ المُسْتَأْجِرُ عملَ بنفسِه ففسَدَ.

ولأنَّ العملَ لَمَّا لَمْ يَكُنْ معقودًا عليه ـ لأنَّ المعقودَ [عليه][1] المَنْفَعَةُ ـ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عليه ، فما تولَّدَ منهُ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا أيضًا إلَّا إذا تعمَّدَ الفسادَ ، فحينئذٍ يَضْمَنُ كَالمُودَعِ ، وهذا لأنَّهُ تعذَّرَ جَعْلُ المعقودِ عليهِ نفْس العملِ ، أوْ وَصْف القِصَارَة ؛ لأَنَّا لوْ فعَلْنا ذلكَ لفسَدَ العقدُ ؛ لأنَّ صورةَ أجيرِ الوَحْدِ: أنْ تَكُونَ المدةُ مَعْلُومَةً.

وإذا كانَ كذلكَ فربَّما يُمْكِنُه تحصيلُ هذا العملِ في هذه المدةِ ، وربَّما لَا يُمْكِنُه ، وربَّما يتأَتَّىٰ منه وَصْفُ القِصَارَةِ في هذه المدَّةِ ، وربَّما لَا يتأَتَّىٰ ، فكانَ فيه جهالةٌ وغَرَرٌ ، وذلكَ مُفْسِدٌ للعقدِ ، فجَعَلْنا المعقودَ عليه مَنْفَعَةَ الأجيرِ ؛ لأَنَّها مَعْلُومَةٌ مقدَّرةٌ بهذا الزمانِ.

والدليلُ علىٰ أنَّ المعقودَ عليه في الأجيرِ الخاصِّ: المَنْفَعَةُ ، لَا وَصْفُ القِصَارَةِ ، وفي المشتركِ: وَصْفُ القِصَارَةِ: الأحكامُ.

منها: أنَّ في الأجيرِ الخاصِّ إذا سَلَّمَ النفسَ ولَمْ يَسْتَعْمِلْهُ المُسْتَأْجِرُ ؛ يَسْتَحِقُّ الأجرَ ؛ لأنَّه سَلَّمَ المعقودَ عليه ، وهوَ المَنَافِعُ ، وفي المشتركِ لَا يَسْتَحِقُّ الأجرَ ؛ لأنَّه لَمْ يُسَلِّمِ المعقودَ عليه ، وهوَ وَصْفُ القِصَارَةِ.

ومنها: أنَّ في الخاصِ لوِ استعانَ بغيرِه لَا يسْتَحقُّ الأجرَ ؛ لأنَّه لمْ يُسَلِّمْ مَنَافِعَ نفسِه ، وفي المشتركِ يسْتَحقُّ ؛ لأنَّه سَلَّمَ وَصْفَ القِصَارَةِ.

ومنها: أنَّ في الأجيرِ الخاصِ لوْ خاطَ ، ثُمَّ نقَضَ الخِيَاطَةَ ؛ يسْتَحقُّ الأجرَ ؛ لأنَّه سلَّمَ مَنْفَعَةَ النفسِ ، وفي المشتركِ لَا يسْتَحقُّ ؛ لأنَّه لمْ يُسَلِّمِ العملَ إلىٰ المالكِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْعَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ بِإِذْنِهِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الْأَجِيرِ الْمُشْتَرَكِ نَوْعُ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا لِصِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَالْأَجِيرُ الْوَحْدُ لَا يَتَقَبَّلُ الْأَعْمَالَ فَتَكُونُ [١٢١/و] السَّلَامَةُ غَالِبَةً فَيُؤْخَذُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ مَتَى صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابَهُ فَصَارَ فِعْلُهُ مَنْقُولًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا لَا يَضْمَنُهُ.

غاية البيان

كذا قالَ علاءُ الدينِ العالمُ السَّمَرْقَنْدِيُّ في «طريقةِ الخلافِ»(١).

قولُه: (أَمَّا الْأَوَّلُ)، أرادَ بهِ: عدمَ الضَّمَانِ فيما تَلِفَ في يدِه.

قولُه: (وَأَمَّا الثَّانِي)، أرادَ بهِ: عدمَ الضَّمَانِ فيما تَلِفَ مِنْ عملِه.

والله ﷻ أعلمُ وأحكمُ.

[هذا آخرُ الدفترِ الرابع عشر منْ كتابِ: «غايةِ البيانِ في شرحِ الهدايةِ» فرَغَ عنهُ مؤلِّفُهُ العبدُ الضعيفُ الفقيرُ إلى اللهِ تعالى تصنيفًا: قِوَامُ الدِّينِ أميرُ كاتب بنُ أميرِ عمرَ العَمِيديُّ الفارابيُّ [٦/٣٣٧ظ/م] الأتْقَانِيُّ.

ويَتْلُوهُ في الدفترِ الخامس عشر بعَوْنِه تعالى: بابُ الإجارةِ على أحدِ الشرطَيْنِ، وكانَ الفراغُ اليوم التاسع مِنْ جُمَادَىٰ الأُولىٰ مِن سنة اثنتَيْنِ وأربعينَ وسبعِ مئةٍ ببغدادَ في الجعْفَرِيَّة(٢)، عَمَّرها الله تعالى بفَضْلِه وكرَمِه](٣).

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٦٨].

(٢) الجَعْفَرِيَّةُ ـ منسوبة إلى جعفر ـ: مَحلَّة كبيرة مشهورة في الجانب الشرقيِّ مِن بغداد. بناها جعفرُ المتوكِّل، ونقَلَ الناسَ إليها مِن: سُرَّ مَن رأى، وأراد أنْ تُنسَب إليه ويكون له بها بقاء الذِّكْر. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«س».

بَابُ
الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

قَالَ: وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ: إنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَه رُومِيًّا؛ فبدرهمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِنْ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ عَمِلَ؛ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِهِ.

غاية البيان

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
ربِّ يَسِّرْ وأعِنْ يا كريمُ][1]

بَابُ
الْإِجَارَةِ عَلَى أَحَدِ الشَّرْطَيْنِ

لَمَّا ذَكَر الْإِجَارَةَ على شَرْطٍ واحدٍ بدونِ التعلُّقِ بشرطَيْنِ، وذكَرَ مِنْ ذلكَ ما يُفْسِدُ العقدَ ممَّا كانَ مخالفًا [٢/٥١٥و] لمقتضى العقدِ: شرَعَ هنا يذْكرُ الْإِجَارَةَ على أحدِ الشرطَيْنِ؛ لكونِ المثنَّى بعدَ الواحدِ.

قولُه: (وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ: إنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَه رُومِيًّا؛ فبدرهمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِنْ هَذَيْنِ الْعَمَلَيْنِ عَمِلَ؛ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ بِهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصرِه»[2].

وفي بعضِ النُّسَخِ: «استحقَّ الأُجرةَ»[3].

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرحِ مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «وقالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: العقدانِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٣].

(٣) وهذا هو لفظ نسخة الشَّهْرَكَنْدِيّ (المقروءة على أكمل الدين البابرتِيّ) من «الهداية» [ق/٢٣٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]، واللفظ الأول هو المثبت في المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٣/٢٤٤]. وكذا في سائر النُّسَخ الخطِّيَّة التي بأيدينا.

وَكَذَا إِذَا قَالَ لِصَبَّاغٍ إِنَّ صَبَغْتَهُ بِعُصْفُرٍ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنَّ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ فَبِدِرْهَمَينِ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةٍ أَوْ هَذِهِ الدَّارَ الْأُخْرَىٰ بِعَشَرَةٍ، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ إِلَى الْكُوفَةِ بِكَذَا، أَوْ إِلَىٰ وَاسِطَ بِكَذَا، وَكَذَا إِذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ

غاية البيان

جميعًا فاسدانِ[١]، وهوَ الظاهرُ مِنْ قولِ زُفَرَ رحمه الله»[٢].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»: «وإذا وقع عَقْدُ الْإِجَارَةِ علىٰ أحدِ شَيْئَيْنِ، وسمَّىٰ لكلِّ واحدٍ منهما أجرًا معلومًا، فذلكَ جائزٌ، كرَجُلٍ قالَ لآخَرَ: قد آجرتُكَ هذه الدارَ بخمسةِ دراهمَ، أو هذه الأُخرىٰ بعشرةٍ، أو كانَ هذا القولُ في حانوتيْنِ، أو عبدَيْنِ، أو دابتيْنِ، أو في مسافتيْنِ مختلفتيْنِ، فقالَ: قد آجرتُكَ هذه الدَّابَّةَ إلىٰ واسطٍ بكذا، أوِ إلىٰ الكوفةِ بكذا، فذلكَ كلُّه جائزٌ عندَ أصحابِنا جميعًا؛ لأنَّ الأجرَ يَجِبُ بتسليمِ أحدِهما، وهوَ معلومٌ في حالِ وجوبِه.

وكذلكَ إذا دفعَ إلىٰ خيَّاطٍ ثوبًا فقالَ: إنْ خِطْتَه فَارِسِيًّا؛ فلكَ درهمٌ، وإنْ خِطْتَه رُومِيًّا؛ فلك درهمانِ، أو قالَ لصَبَّاغٍ: إنْ صبغْتَه بعُصْفرٍ؛ فلكَ درهمٌ، وإنْ صبغْتَه بزَعْفَرَان؛ فلكَ درهمانِ، فذلكَ أيضًا جائزٌ؛ لأنَّ الأجرَ يَجِبُ بالعملِ، وكلُّ واحدٍ منهما متميِّزٌ عنْ صاحبِه»[٢]. إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله **في «مختصرِه»**.

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرحِه»: «وكذلكَ إنْ خَيَّرَهُ بين ثلاثةِ أشياءَ، فإنْ ذكرَ أربعةً لَمْ يَجُزْ».

وَجْهُ قولِهما: أنَّ المعقودَ عليه مجهولٌ للحالِ، فلَا يَصِحُّ العقدُ عليه، كالنِّكَاحِ وبيعِ الآبِقِ.

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٤٢٩]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/١٧٥].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٢].

ثَلَاثَةِ أَشْيَاء، وَإِنَّ خَيَّرَهُ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أَشْيَاء لَمْ يُجِزْ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي جميع ذلِكَ الْبَيْعُ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الْحَاجَةِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ اِشْتِرَاطِ الْخِيَارِ فِي الْبَيْعِ، وَفِي الْإِجَارَةِ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْعَمَلِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَصِيرُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَفِي الْبَيْعِ يَجِبُ الثَّمَنُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فَتَتَحَقَّقُ الْجَهَالَةُ عَلَى وَجْهٍ لَا تَرْتَفِعُ الْمُنَازَعَةُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ.

غاية البيان

ولنا: أنَّهُ خيَّرهُ بينَ عمليْنِ معلوميْنِ، كلُّ واحدٍ منهما ببدلٍ معلومٍ، فوَجَبَ أنْ يصحَّ، كما لوْ قالَ: إنْ رددْتَ عبدي الآبقَ مِنَ الكوفةِ؛ فلكَ درهمٌ، وإنْ رددْتَ منَ البصرةِ؛ فلكَ درهمانِ، ولأنَّه خيَّرهُ بينَ منفعتينِ، يَصحُّ إفرادُ كلِّ واحدٍ منهما بالعقدِ فيَصحُّ، كما قالَ: إنْ خِطْتَ هذا الثوبَ؛ فبدرهمٍ، وإنْ خِطْتَ [٦/٣٣٨و/م] هذا الثوبَ الآخرَ؛ فبدرهميْنِ، وعملُهما سواءٌ.

وهذا التعليلُ يتوجَّهُ على زُفَرَ والشَّافِعِيِّ رضي الله عنهما جميعًا، والتعليلُ على زُفَرَ خاصةً: أنَّ الأُجرةَ عندَنا: لَا تَجِبُ بنفسِ العقدِ، وإنَّما تَجِبُ بالعملِ، فإذا أخَذَ في أحدِ العمليْنِ؛ صارَ البدلُ معلومًا عندَ وجودِه، فجهالتُه قبْلَ ذلكَ لَا تُؤثِّرُ.

وقولُهما: بأنَّ المعقودَ عليه مجهولٌ للحالِ، يَنْتَقِضُ بما إذا باع قَفِيزًا مِن صُبْرَة.

والمعنى في النِّكَاحِ: أنَّه تُعْتبرُ فيه الشهادةُ، فيحْتَاجُ إلى تعْيينِ المَنْكُوحَةِ، بخلافِ الفرعِ.

والمعنى في الآبِقِ: أنَّ طريقَ تعْيينِه ليسَ بفِعْلِه، ولا تحتَ قُدْرتِه؛ لأنَّه غيرَ قادرٍ على تسليمِه فتعَذَّرَ، وهاهنا طريقُ التعْيينِ فِعْلُه، وهوَ العملُ، وهوَ قادرٌ عليه، فلذلكَ صحَّ.

قولُه: (وَالْمُعْتَبَرُ فِي ذلكَ الْبَيْعُ)، يَعْنِي: إذا باعَ أحدَ الثوبيْنِ، أو أحدَ

ولوْ قالَ: إنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ؛ فَبدرهم، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا؛ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ؛ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا؛ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ.

غاية البيان

الأثوابِ الثلاثةِ؛ جازَ، وإذا باعَ أحدَ الأثوابِ الأربعةِ؛ لَمْ يَجُزْ، فكذا هنا في الْإِجَارَةِ إذا خيَّرهُ بين شَيْئَيْنِ، أو ثلاثةِ أشياءَ؛ جازَ، وفي الأربعةِ: لَا يَجُوزُ، كما إذا قالَ: أجرْتُكَ هذه الدَّابَّةَ إلىٰ الكوفةِ بكذا، أوِ إلىٰ واسط بكذا، أوِ إلىٰ البصرة بكذا جازَ، فإنْ ذكَر الرابعَ وقالَ: أوْ إلىٰ شِيرَاز بكذا؛ لَمْ يَجُزْ.

وكذلكَ الحُكْمُ في أنواعِ الخِيَاطَةِ والصِّبْغِ والزِّرَاعَةِ: جازَ إلىٰ الثلاثةِ، كما إذا قالَ لِلمُزَارِعِ: إنْ زرَعْتَها بغيرِ كِرَابٍ؛ فلكَ رُبعُ الخارجِ، وإنْ زرعْتَها بكِرَابٍ؛ فلكَ ثُلثُه، وإنْ زرعْتَها بكِرَابيْنِ؛ فلكَ نصفُه، وأيَّ ذلكَ عَمِلَ فله شَرْطُه.

وإنَّما اعْتُبِرَ الْإِجَارَة بالبيعِ دفعًا للحاجةِ؛ لأنَّ الحاجةَ تمسُّ إلىٰ ذلكَ؛ لاشتمالِ الثلاثةِ علىٰ الجيدِ والرديءِ [٢/١٥٥ظ] والوسطِ، ولا حاجةَ في الأربعةِ، إلَّا أنَّ الفرقَ بين البَيْعِ والْإِجَارَةِ: أن بَيْعَ أحدِ الثوبيْنِ، أوِ الثلاثةِ لَا يَجُوزُ إلَّا بشرطِ الخيارِ.

وفي الْإِجَارَةِ: يَجُوزُ العقدُ علىٰ إحدىٰ المنفعتَيْنِ مِنْ غيرِ شرْطِ الخيارِ، وذلكَ لأنَّ الثَّمَنَ يَجِبُ في بابِ البَيْعِ بمجردِ العقدِ، فلَا تَرْتَفِعُ الجهالةُ المُفْضِيَةُ إلىٰ المُنَازَعَةِ إلَّا بإثباتِ الخيارِ، والأُجرةُ في بابِ الْإِجَارَةِ لَا تَجِبُ بمجردِ العقدِ، بلْ بالعملِ، وعندَ وجودِ العملِ تَرْتَفِعُ الجهالةُ لَا محالةَ، فلَا حاجةَ إلىٰ إثباتِ الخيارِ.

قولُه: (**ولوْ قالَ: إنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ؛ فَبدرهم، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا؛ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ خَاطَهُ الْيَوْمَ؛ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا؛ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ** رحمه الله، **لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «**مختصرِه**»[١].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٣].

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: لَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يُزَادُ عَلَىٰ دِرْهَمٍ.
وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ. وَقَالَ زُفَرُ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ؛

غاية البيان

وقالَ محمدٌ ﷺ في «الجامعِ الصغيرِ»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يُعْطِي الخَيَّاطَ ثوبًا، فيَقُولُ له: إنْ خِطْتَه اليومَ؛ فلكَ درهمٌ، وإنْ خِطْتَه [٦/٣٣٨ظ/م] غدًا؛ فلكَ نصفُ درهمٍ، قالَ: إنْ خاطه اليوم؛ فله درهمٌ، وإنْ خاطه غدًا؛ فله أجرُ مِثْلِه، لَا يُنْقَصُ مِنْ نصفِ درهمٍ، ولا يجاوَزُ بهِ درهمٌ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: الشرطان جميعًا جائزانِ على ما شرَطا»(١).
إلى هنا لفظُ أصل «الجامعِ الصغيرِ».

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: في قولِ أبي حَنِيفَةَ: الشرطُ الأولُ جائزٌ، والشرطُ الآخرُ فاسدٌ، فإنْ خاطَه في اليومِ؛ يَجِبُ درهمٌ، وإنْ خاطَه في الغدِ؛ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: الشرطان [جميعًا](٢) جائزانِ، فإنْ خاطَه في اليومِ يَجِبُ درهمٌ، وإنْ خاطَه غدًا يَجِبُ نصفُ درهمٍ، كما لوْ قالَ: إنْ خِطْتَه رُومِيًّا: فلكَ درهمٌ، وإنْ خِطْتَه فَارِسِيًّا: فلكَ نصفُ درهمٍ، صحَّتِ الإجارتانِ، فكذلكَ هنا(٣).

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٢ - ٤٤٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«س».

(٣) والصحيح قول الامام واعتمده في الخلافيات المذكورة المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل. ينظر: «التجريد» [٣٧٠٧/٧]، «مختلف الرواية» [١٥٩٦/٣]، «مختصر اختلاف العلماء» [٩٥/٤]، «المبسوط» [٩٩/١٥، ١٠٠]، «بدائع الصنائع» [٣٥/٤، ٣٦]، «الإيضاح» للكرماني [ق/١٣٢]، «تبيين الحقائق» [١٣٨/٥]، «العناية شرح الهداية» [١٣١/٩]، «الجوهرة النيرة» [٣٤٦/١]، «تكملة فتح القدير» [١٣١/٩]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٥٦]، «رد المحتار» [٧٢/٦]، «اللباب شرح الكتاب» [٩٨/٢]، «عمدة الرعاية» [٥٩٩/٦].

. . . .

وقالَ زُفَرُ رحمه الله: الشرطانِ فاسدانِ، فإنْ خاطَه في اليوم، أوْ في الغدِ، أو بعدَ غدٍ؛ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، لَا يَنْقُصُ عنْ نصفِ درهمٍ، ولا يُزَادُ علىٰ درهمٍ. كذا ذكَرَ الزاهدُ العَتَّابِيُّ وغيرُه.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «فإنْ خاطَه مِنْ بعْدِ الغدِ؛ فلهُ أَجْرُ مِثْلِه في قولِهم جميعًا[١]، واختُلِف عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه في أَجْر المِثْلِ علىٰ مثالِ ما حكَيْتُه في الوجهِ الأولِ: لَا يُزَادُ علىٰ الأجرِ الأولِ، ولا يُنْقَصُ مِنَ الأجرِ الثاني، وَرُوِيَ عنه: إنْ كانَ أَجْرُ مِثْلِه أقلَّ مِنَ الأجرِ الثاني؛ فلهُ الأقلُّ مِنَ الأجرِ الثاني.

وقالَ في «الإملاءِ»: في هذه المسألةِ لهُ أَجْرُ مِثْلِه، لَا يُجاوَزُ بهِ درهمٌ»[٢]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختصرِه».

وقالَ القُدُورِيُّ في «شرحِه»: «واختلفَ الروايةُ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: إذا خاطَه في اليومِ الثاني، فقالَ في إحدىٰ الروايتَيْنِ: لهُ أَجْرُ مثلِه لَا يُزَادُ علىٰ درهمٍ، ولا يُنْقَصُ مِن نصف درهمٍ، وهذه روايةُ «الأصلِ»[٣]، و«الجامعِ الصغيرِ»، وروايةُ محمدٍ رحمه الله في «الإملاءِ»، وإحدىٰ الروايتَيْنِ عن ابن سَمَاعَةَ أيضًا عن أبي يوسفَ في «نوادرِه»، وإحدىٰ روايتَي ابن سَمَاعَةَ عن محمدٍ في «نوادرِه».

ورَوَىٰ ابن سَمَاعَةَ عنْ أبي يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه في «نوادرِه» روايةً أُخرىٰ: أنَّ لهُ في اليومِ الثاني أجرَ مِثْلِه، لَا يُزَادُ علىٰ نصف درهمٍ، وهيَ الروايةُ الصحيحةُ»[٤]. إلىٰ هنا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «شرحِه».

---

(١) هذا النقل قد ذكره الشلبي في حاشيته علىٰ «تبيين الحقائق» [٥/١٣٩].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].
(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٤٤٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].

. . . .

غاية البيان

وقالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «وعنْ أبي حَنِيفَةَ في **«النوادرِ»**: أنَّه يَجِبُ في الشرطِ الثاني أجْرُ مثلِه، لَا يُجَاوَزُ بهِ نصفَ درهمٍ، ويُنْقَصُ عنه، وهوَ اختيارُ الكَرْخِيِّ»(١). إلىٰ هنا لفظُ فخرِ الإسلامِ.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ رحمه الله: أنَّ المعقودَ عليه ـ وهو الخِيَاطَةُ ـ واحدٌ ذُكِرَ لهُ بدلانِ مختلفانِ، فيَفْسُدُ العقدُ لجهالةِ البدلِ، كما إذا قالَ: بعْتُ هذا العبدَ إلىٰ شهرٍ بألفٍ، وإلىٰ شهرينِ بألفيْنِ، فكذا هنا.

وجوابُه: أنَّ البَيْعَ [٢/٥١٦و] لَا يُشْبِهُ الْإِجَارَةَ؛ لأنَّ [٦/٣٣٩و/م] التمليكَ في بابِ البَيْعِ يَقَعُ للحالِ، وفي بابِ الْإِجَارَةِ يَقَعُ مِلْكُ المَنْفَعَةِ في المستأنفِ، فيَتَعَيَّنُ أحدُهما إذا أخذَ في العملِ.

ووَجْهُ قولِهما: أنَّه سَمَّىٰ أجريْنِ بمقابلةِ عملَيْنِ؛ لأنَّ العملَ في اليومِ غيرُ العملِ في الغدِ، فأَيُّهما أتىٰ بهِ يستَحقُّ أجْرِه، وهذا معنىٰ ما قالَ في **«المختلفِ»**: «إنَّهما عقْدانِ ببدليْنِ مختلفَيْنِ، فيَصِحُّ، كما إذا قالَ: إنْ خِطْتَه رُومِيًّا، أو فَارِسِيًّا»(٢).

أَوْ نَقُولُ: إنَّ ذِكْرَ اليومِ للتأقيتِ، وذِكْرُ الغدِ للإضافةِ، فانعقدَتِ الإجارتانِ، إحداهما في اليومِ بدرهمٍ، والأُخرىٰ في الغدِ بنصفِ درهمٍ، فإنْ خاطَه في اليومِ؛ يَجِبُ درهمٌ، وإنْ خاطه في الغدِ يَجِبُ نصفُ درهمٍ، كَالخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ والفَارِسِيَّةِ.

وقالَ(٣) **في «الإشاراتِ»**: «هما يَقُولَانِ: المعقودُ عليه شيءٌ واحدٌ، وقدْ ذكرَ في مقابلتِه شيئًا واحدًا، وقولُه: إنْ خِطْتَه غدًا فبنصفِ درهمٍ، هذا حَطٌّ مضافٌ إلىٰ الغدِ».

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٢].
(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥٩٧/٣].
(٣) وقع بالأصل: «يقال»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

....

بيانُه: فيما قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «أنَّه استأجرَه لِلْخِيَاطَةِ بدرهمٍ، إلَّا أنَّه علَّقَ حَطَّ النصفِ بالتأخيرِ إلىٰ الغدِ، وتعليقُ الحَطِّ بالتأخيرِ جائزٌ؛ لأنَّه متعارَفٌ»(١).

وقالَ **الفقيهُ أبو الليثِ** ﷺ **في بيانِ دليلِهما**: «إنَّ الْإِجَارَةَ مرةً تُضافُ إلىٰ الأوقاتِ، ومرةً تُضافُ إلىٰ الأفعالِ، ف لوْ أضافَ الْإِجَارَةَ إلىٰ أحدِ العملَيْنِ؛ جازتِ الْإِجَارَةُ، كما إذا قالَ: إنْ خِطْتَه فَارِسِيًّا؛ فلَكَ كذا، وإنْ خِطْتَه رُومِيًّا؛ فلكَ كذا، فكذا إذا أضافَ إلىٰ أحدِ الوقتَيْنِ».

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ ذِكْرَ اليومِ للتعجيلِ لَا لتوقيتِ الْإِجَارَةِ باليوم، ولهذا صحَّتِ الْإِجَارَةُ في اليومِ الأولِ بالاتفاقِ، فلوْ كانَ للتوقيتِ لمْ تَصِحَّ؛ لأنَّه حينئذٍ يَجْتَمِعُ الوقتُ والعملُ كما في مسألةِ المَخَاتِيمِ، فالأولُ يقْتَضِي كونَه أجيرَ الوَحْدِ، والثاني يَقْتَضِي كونَه أجيرًا مشتركًا، فيَفْسُدُ العقدُ؛ لأنَّ حُكْمَهما مختلفٌ؛ لأنَّ وجوبَ الأجيرِ في الأجيرِ الخاصِّ بتسليمِ النفسِ، وفي المشتركِ بتسليمِ العملِ.

فلَمَّا كانَ ذِكْرُ اليومِ للتعجيلِ؛ بقِيَتِ التَّسْمِيَةُ الأُولىٰ بالتأخيرِ إلىٰ الغدِ، فاجتمعَ التسْمِيَتانِ في الغدِ، ففسَدَ الشرطُ الثاني لهذا باعتبارِ التزاحُمِ، وفي اليومِ لمْ تَجْتَمِعْ تسْمِيتانِ؛ لأنَّ التَّسْمِيَةَ الثانيةَ مُضَافَةٌ إلىٰ الغدِ عدمٌ في الحالِ، فلَا جَرَمَ وجَبَ المُسمَّىٰ في اليومِ، وأجْرُ المِثْلِ في الغدِ.

أوْ نَقُولُ: كلُّ شرْطٍ جائزٌ للخبرِ: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»(٢)، إلَّا ما قامَتِ الدلالةُ علىٰ فسادِه، والشرطُ الثاني فاسدٌ [٦/٣٣٩ظ/م]؛ لأنَّه علَّقَه بخَطرٍ لَمْ يَتَعَامَلِ الناسُ به، ولأنَّه علَّقَ الْإِجَارَةَ الثانيةَ بانفساخِ الأُولىٰ؛ لأنَّه إنْ خاطَه اليومَ لَا يُمْكِنُه

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٧].

(٢) مضىٰ تخريجه.

. . . .

الشروعُ بعدَ ذلكَ في العملِ.

والْإِجَارَةُ إذا عُلِّقَتْ بخطرٍ لمْ يَتَعَامَلِ الناسُ بهِ كانَتْ فَاسِدَةً، ولهذا لوْ قالَ: إذا قالَ: إذا قَدِمَ فلانٌ فقدِ استأجرتُك، أو قالَ: إنْ دخَلْتَ الدارَ فقدِ استأجرتُك؛ كانَ فاسدًا، فكذا هذا.

يُوضِّحُه: أنَّه لوْ آجَرَ دارَه مِنْ إنسانٍ، ثُمَّ قالَ لغيرِه: إنِ انفسخَتِ الْإِجَارَةُ آجَرْتُ منكَ؛ لَا يَجُوزُ، فَعُلِمَ: أنَّ تعليقَ الْإِجَارَةِ بالانفساخِ لَا يَجُوزُ.

ثُمَّ إذا فسدَتِ الْإِجَارَةُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁ في اليومِ الثاني؛ ووجَبَ أَجْرُ المِثْلِ، لَا يُزَادُ على درهمٍ، ولا يُنْقَصُ عنْ نصفِ درهمٍ على روايةِ «**الأصلِ**»[1]، و«**الجامعِ الصغيرِ**».

وعلى روايةِ «النوادرِ»: يُنْقَصُ عنْ نصفِ درهمٍ، ولا يُزَادُ على نصفِ درهمٍ.

وَجْهُ [٢/٥١٦ظ] **روايةِ «النوادرِ»**: أنَّ الْإِجَارَةَ فسدتْ في اليومِ الثاني دونَ الأولِ، فيُعْتَبرُ في أجْرِ المِثْلِ التَّسْمِيَةُ في اليومِ الثاني، والمُسمَّى فيه نصفُ درهمٍ.

وَوجْهُ ظاهرِ الروايةِ: أنَّ العملَ في اليومِ والعملِ في الغدِ عملٌ واحدٌ، وإنَّما اختلفَ الزمانُ، والفعلُ لَا يَختلِفُ باختلافِ وقْتِه، فلَمَّا رَضِيَ الخَيَّاطُ بالدرهمِ مع تعجيلِ العملِ؛ فلَأَنْ يرضَى بالدرهمِ معَ التأخيرِ أَولَى، فلَا يُزَادُ على درهمٍ، وقدْ رَضِيَ صاحبُ الدرهمِ ببَدلِ نصفِ درهمٍ، فلَا يُنْقَصُ عنِ النصفِ.

قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان ﵀ **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «فإنْ خاطَه في اليومِ الثالثِ؛ فعنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁ في روايةٍ: لهُ أجرُ المِثْلِ، لَا يُزَادُ على نصفِ درهمٍ، وعندَهما: لَا يُزَادُ على درهمٍ، **والصحيحُ** أنَّ عندَهما: يُنْقَصُ عنْ نصفِ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٤٤٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

لِأَنَّ الْخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ ذَكَرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانِ عَلَى الْبَدَلِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ، وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّعْلِيقِ فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ

الدرهمِ، ولا يُزَادُ عليه»[1].

قولُه: (لِأَنَّ الْخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ)، وذلكَ لأنَّه لم يَسْتَأْجِرْهُ على أنْ يَخِيطَ رُومِيًّا أو فَارِسِيًّا، بلِ اسْتَأْجَرَه على مُطْلَقِ الخِيَاطَةِ، ولمْ يَخْتَلِفِ الفعلُ بلِ اختلفَ الزمانُ.

قولُه: (بَدَلَانِ عَلَى الْبَدَلِ)، وهما: درهمٌ، ونصفُ درهمٍ، فإنْ عجَّلَ فدرهمٌ، وإنْ أخَّرَ إلى الغدِ فنصفُ درهمٍ، فيَكُونُ البدلُ مُسْتحقًّا على البدلِ، إمَّا هذا، وإمَّا هذا، فتَكُونُ الأُجرةُ مجهولةً، فيَفْسُدُ العقدُ لجهالةِ البدلِ.

بيانُه: أنَّ ذِكْرَ اليومِ للتعجيلِ، لَا لتوقيتِ الْإِجَارَةِ باليومِ، فإذا كانَ كذلكَ؛ تَبْقَى[2] التَّسْمِيَةُ الأُولى في الغدِ، فإذا جاءَ الغدُ يَجْتَمِعُ فيه تسْمِيتانِ، وذِكْرُ الغدِ للترفيهِ، فإذا كانَ للترفيهِ كانَتِ التَّسْمِيَةُ المُضَافَةُ إلى الغدِ موجودةً في اليومِ أيضًا، فيجتَمِعُ تسْمِيتانِ أيضًا في اليومِ [٦/٣٤٠و/م]، فيَلْزَمُ البدلانِ على البدلِ بمقابلةِ عملٍ واحدٍ، فيَفْسُدُ العقدُ في اليومَيْنِ جميعًا.

قولُه: (وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ الْيَوْمِ لِلتَّأْقِيتِ، وَذِكْرَ الْغَدِ لِلتَّعْلِيقِ).

وفي بعضِ النُّسَخِ: «وذِكْرُ الغدِ للإضافةِ»[3]، والمرادُ مِنَ التعليقِ: الإضافةُ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٧].

(٢) وقع بالأصل: «تنتفي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) أشار إليه المؤلفُ في النسخة التي بخَطِّه مِن «الهداية» [٢/ق١٢١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله=

تَسْمِيَتَانِ؛ وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ النَّوْعَيْنِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ ذِكْرَ [١٢١/ظ] الْغَدِ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةً. وَلَا يُمْكِنُ حَمْلَ الْيَوْمِ عَلَى التَّأْقِيتِ؛ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ الْعَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الْوَقْتِ وَالْعَمَلِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَجْتَمِعُ فِي الْغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونِ الْيَوْمِ، فَيَصِحُّ الْيَوْمُ الْأَوَّلُ وَيَجِبُ الْمُسَمَّى، وَيَفْسَدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسَمَّى فِي الْيَوْمِ الثَّانِي.

غاية البيان

أيضًا؛ لأنَّ تعليقَ الْإِجَارَةِ لَا يَجُوزُ.

أَوْ نَقُولُ: المرادُ بهِ: تعليقُ حَطِّ النصفِ بالتأخيرِ إلى الغدِ، وذلكَ جائزٌ لَا تعليقَ الْإِجَارَةِ، وتعليقُ الحَطِّ بالتأخيرِ متعارَفٌ فجازَ، كما لَوْ قالَ: لَوْ جاءَ غدٌ وما خِطْتَه؛ حطَطْتُ عنك درهمًا.

بيانُ ذلكَ: أنَّ ذِكْرَ اليوم لَمَّا كانَ للتأقيتِ؛ انقضى العقدُ في اليومِ بانقضاءِ الوقتِ، وهوَ اليوم، فلَمْ يَبْقَ إلى الغدِ، فلَمْ يُوجَدْ في الغدِ تسْمِيتان، وذِكْرُ الغدِ لَمَّا كانَ للإضافةِ لَمْ يُوجَدْ في اليوم العقدِ المضافِ إلى الغدِ، فلَمْ يُوجَدْ في اليومِ تسْمِيتان، بلْ في كلِّ يومٍ تسميةٌ واحدةٌ، فيَكُونُ عَقْدانِ ببدلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ.

قولُه: (وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ النَّوْعَيْنِ)، بيانُه: أنَّ في عملِ كلِّ واحدٍ مِنَ اليومَيْنِ غرَضًا صحيحًا؛ لأنَّ الإنسانَ قدْ يقْصدُ التعجيلَ للتجمُّلِ بالثوبِ أو للبَيْعِ، فإذا كانَ الغرضُ مختلفًا في اليومَيْنِ؛ كانَتِ الخِيَاطَةُ في اليومينِ كالنوعينِ مِنَ العملِ، كَالخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ والفَارِسِيَّةِ، فجازَ اشتراطُ الأجرِ لكلِّ واحدٍ منهما.

= أفندي ـ تركيا]، واللفظُ الأول هو المثبت في المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٢٤٤/٣]. وكذا في سائر النُّسَخ الخطِّيَّة التي بأيدينا.

وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ» لَا يُزَادُ عَلَى دِرْهَمٍ وَلَا يَنْقُصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الْأُولَى لَا تَنْعَدِمُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فَتُعْتَبَرُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَيُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ؛ لا يُجاوزُ به نصف درهمٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى الغَدِ فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيَّ إِلَى مَا بَعْدَ الغَدِ أَوْلَى.

ولوْ قَالَ: إِنْ سَكَّنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَّنْتَهُ حَدَّادًا؛ فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى فِيهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ. وقالَ أبو يوسفَ وَمُحَمَّدٌ: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا اِسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَكَنَ

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (وَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ؛ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفَ دِرْهَمٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁، هُوَ الصَّحِيحُ)، احترزَ بِهِ عنِ الروايةِ الأُخرى، وهيَ أنَّه لَا يُزَادُ على درهمٍ، ولا يُنْقَصُ عنْ نصفِ درهمٍ. كذا في «التقريبِ».

قولُه: (ولوْ قَالَ: إِنْ سَكَّنْتَ فِي هَذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا؛ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَّنْتَهُ حَدَّادًا؛ فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْمُسَمَّى فِيهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁.

وقالَ أبو يوسفَ وَمُحَمَّدٌ ﵄: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ)[1]، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[2].

وقولُه: (حَدَّادًا) حالٌ مِن ضميرِ المُخاطبةِ.

---

(١) وتقدم في التصحيح أن المعتمد في الخلافيات المذكورة قول الإمام. ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/١٣٥]، «تبيين الحقائق» [٥/١٤٠]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٣٢٨]، «الاختيار» [٢/٥٧]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٦٨]، «مجمع الأنهر» [٢/٣٩٦]، «اللباب شرح الكتاب» [٢/٩٨].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٣].

فِيهِ فَبِدِرْهَمٍ وَإِنَّ سَكَنَ فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَينِ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا يَجُوزُ، وَمَنْ اِسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَىٰ الْحِيْرَةِ بِدِرْهَمٍ وَإِنَّ جَاوَزَ بِهَا إِلَىٰ الْقَادِسِيَّةِ فَبِدِرْهَمَينِ فَهُوَ جَائِزٌ وَيَحْتَمِلُ الخِلَافُ وإن اسْتَأْجَرَهَا إِلَىٰ الْحِيْرَةِ عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كَرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنَّ حَمْل عَلَيْهَا كَرَّ حِنْطَةٍ فَبِدِرْهَمٍ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ.

غاية البيان

قالَ الكَرْخِيُّ رحمه الله **في** «مختصرِه»: «فإنْ قالَ: آجرتُكَ هذه الدارَ شهرًا على أنَّكَ إنْ قعدتَ فيها حدَّادًا فأجْرُها عشرةُ دراهمَ، وإنْ بعْتَ فيها البَزَّ فأجْرُها [٢/٥١٧و] خمسةُ دراهمَ، فَالْإِجَارَةُ جائزةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وهوَ قولُه الأخيرُ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: «الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ؛ لأنَّ العملَ يَجِبُ بالتَّسْلِيمِ، لَا العملِ في الدارِ، فلَا يُدْرَىٰ أيُّ الأجريْنِ يَجِبُ إذا سُلِّمَتْ، أَلَا ترىٰ أنَّه إذا سلَّمها ولمْ يَعْمَلْ فيها شيئًا ـ وقد وَقَعَتِ الْإِجَارَةُ على أحدِهما ـ وجبتِ الأُجرةُ بالتَّسْلِيمِ دونَ أنْ يَعْمَلَ [٦/٣٤٠ظ/م] فيها ما شرطَ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ.

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **في** «شرحِه»: «وعلىٰ هذا الخلافِ: كلُّ ما كانَ أُجْرَةً يَجِبُ بالتَّسْلِيمِ، ولا يُعْلَمُ الواجبُ بهِ؛ فهوَ باطلٌ عندَهما، وعندَ أبي حَنِيفَةَ: العقدُ جائزٌ، وأيَّ المنفعتَيْنِ اسْتَوْفَىٰ وجَبَ عليه أجْرُ ذلكَ ما سَمَّىٰ»[١].

وقالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ مِنَ الرَّجُلِ البيتَ على أنَّه إنْ سَكَنَه فبدرهمٍ، وإنْ قعدَ فيه حدَّادًا فبدرهميْنِ، قالَ: هوَ جائزٌ، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: لَا يَجُوزُ، وكذلكَ إنِ استأجرَ منه دَابَّةً إلىٰ الحِيرَةِ بدرهمٍ، فإنْ جاوزَ القَادِسِيَّةَ فبدرهميْنِ فهوَ جائزٌ.

وكذلكَ إنِ استأجرَ منه دَابَّةً إلىٰ الحِيرَةِ، إنْ حمَلَ عليها كُرَّ حِنْطَةٍ فبدرهميْنِ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، وَكَذَا الْأَجْرُ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ، وَهُوَ مَجْهُولٌ وَالْجَهَالَةُ تُوجِبُ الْفَسَادَ، بِخِلَافِ الْخِيَاطَةِ الْفَارِسِيَّةِ وَالرُّومِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ يَجِبُ بِالْعَمَلِ وَعِنْدَهُ يَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ. أَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ يَجِبُ الْأَجْرُ

غاية البيان

وإنْ حمَلَ عليها كُرَّ شعيرٍ فبنصفِ درهمٍ؛ فهوَ جائزٌ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ﵁، وقالَ يعقوبُ ومحمدٌ ﵄: لَا يَجُوزُ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

ولمْ يَذْكُرِ الخلافَ صريحًا فيه كما ترىٰ في مسألةِ المجاوَزةِ إلىٰ القَادِسِيَّةِ، فلأجْلِ هذا قالُوا: احتملَتْ تلكَ المسألةُ الخلافَ والوِفَاقَ، ومالَ الفقيهُ أبو الليثِ ؒ إلىٰ الاتفاقِ. يَعْنِي: أنَّ فيها يَجُوزُ بالاتفاقِ، ومالَ فخرُ الإسلامِ إلىٰ الخلافِ، يَعْنِي: أنَّ المذكورَ فيها قولُ أبي حَنِيفَةَ ﵁، وعندَهما: لَا يَجُوزُ، وإليه ذهبَ العَتَّابِيُّ وغيرُه.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «وإذا استأجرَ دَابَّةً مِنَ الكوفةِ إلىٰ الحِيرَةِ بدرهمٍ، فإنْ جاوَزَ إلىٰ القَادِسِيَّةِ فبدرهمَيْنِ؛ فهوَ جائزٌ».

ثُمَّ قالَ: «وجوابُ هذه المسألةِ: كالجوابِ في الخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ والفَارِسِيَّةِ؛ لأنَّه يتَبَيَّنُ الأجرُ بالعملِ، ولوِ استأجَرَه علىٰ أنَّه إنْ حمَلَ عليها حِنْطَةً فبدرهمٍ، وإنْ حمَلَ عليها شعيرًا فبنصفِ درهمٍ؛ جازَ في قولِ أبي حَنِيفَةَ الآخرِ، وفي قولِهما: لَا يَجُوزُ، وهيَ بمنزلةِ استئجارِ المنزلِ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ ؒ.

وأصلُ هذهِ المسائلِ: أنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ إذا وقَعَ علىٰ أحدِ شَيْئَيْنِ، وسَمَّىٰ لكلِّ واحدٍ منهما أجرًا معلومًا جازَ، كما إذا قالَ: أجرتُكَ هذه الدارَ شهرًا بخمسةٍ، أو هذه الأخرىٰ بعشرةٍ.

وكذلكَ في حانوتيْنِ أوْ عبدَيْنِ، وكذلكَ في مسافتَيْنِ مختلفتَيْنِ، كما إذا قالَ: آجرتُك هذه الدَّابَّةَ إلىٰ الكوفةِ بكذا، أوِ إلىٰ البصرةِ بكذا، وكذلكَ إنْ وقَعَ علىٰ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٣].

بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَيَبْقَىٰ الْجَهَالَةُ، وَهَذَا الْحَرْفُ هُوَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَيَصِحَّ كَمَّا فِي مَسْأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ سُكْنَاهُ بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ الْحَدَّادَ؛ أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا

غاية البيان

عملَيْنِ مختلفَيْنِ، كَالخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ والفَارِسِيَّةِ؛ فذلكَ كلُّه جائزٌ عندَ علمائِنا [٣٤١/٦و/م] الثلاثةِ، وكذلكَ إنْ خَيَّرَه في ثلاثةِ أشياءَ.

وعلىٰ ما هوَ المشهورُ عن زُفَرَ: أنَّ جميعَ ذلكَ لَا يَجُوزُ، وقدْ مَرَّ البيانُ في أوَّلِ البابِ.

ثُمَّ وَجْهُ قولِهما: أنَّ الأجرَ مجهولٌ، فيَبْطُلُ بهِ عَقْدُ الْإِجَارَةِ؛ لأنَّ الأجْرَ يَجِبُ بمجردِ تسليمِ الدارِ مِنْ غيرِ عملٍ، وعندَ التمَكُّنِ لَا يُدْرَىٰ أيُّ الأجريْنِ يَجِبُ؛ لأنَّه لَمْ يُوجَدِ العملُ بعْدُ، لَا الحِدَادَةُ، ولا عمَلُ البَزِّ.

وكذلكَ لوْ ساقَ الدَّابَّةَ إلىٰ الحِيرَةِ، ولمْ يَحْمِلْ على الدَّابَّةِ شيئًا، لَا حِنْطَةَ ولا شعيرًا؛ يَجِبُ الأجرُ، وذلكَ مجهولٌ، أَيَجِبُ أَجْرُ حمْلِ الحِنْطَةِ أمْ أجْرُ حمْلِ الشَّعِيرِ؟ فكانَتِ الْإِجَارَةُ بأجْرٍ مجهولٍ، فلَا يَصِحُّ العقدُ، ولا يُشْبِهُ هذه خياطةَ الرُّومِيِّ والفَارِسِيِّ؛ لأنَّ الأُجرةَ تَجِبُ بالعملِ، وعندَ ذلكَ ترتَفِعُ الجهالةُ، فكانَ العقدُ ببدلٍ معلومٍ.

وَوجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه خَيَّرَه بينَ عقدَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فوَجَبَ [٥١٧/٢ظ] القولُ بصحتِه كما في الخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ والفَارِسِيَّةِ، وإنَّما قلْنا: إنَّهما مختلفانِ؛ لأنَّه إذا استأجرَ دارًا للسُّكْنَىٰ ليسَ لهُ أنْ يسْكنَ حدَّادًا.

فإذا كانَ السُّكْنَىٰ وعملُ الحِدَادَةِ مُخْتَلِفَيْنِ، وكلُّ واحدٍ منهما عندَ الانفرادِ صحيحٌ، فكذا عندَ الاجتماعِ، والغالبُ في الْإِجَارَةِ الانتفاعُ، فإذا حَصَلَ الانتفاعُ زالتِ الجهالةُ، فأمَّا التمَكُّنُ مِنَ الانتفاعِ بدونِ الانتفاعِ فليسَ بأصْلٍ، بلْ هوَ منَ

يَدْخُلُ ذَلِكَ فِي مُطْلَقِ الْعَقْدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا، وَالْإِجَارَةُ تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الْجَهَالَةُ، وَلَوْ احْتِيجَ إِلَى الْإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ يَجِبُ [١٢٢/و] أَقَلُّ الْأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ.

غاية البيان

العَوارِضِ، فلَا تقْدَحُ الجهالةُ الناشئةُ حينئذٍ.

ولأنَّ تَرْكَ الانتفاعِ لوْ تحقَّقَ، واحْتِيجَ إلىٰ إيجابِ الأجرِ؛ لَا يَلْزَمُ جهالةُ الأجرِ أيضًا؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ أوجَبَ العِوَضَ، فيَجِبُ المتيَقّنُ، وهوَ المقابلُ بأدنىٰ العملَيْنِ لتيَقُّنِه، ولا يَجِبُ الفضلُ بالشكِّ، وقالَ بعضُهم: يَجِبُ الأقلُّ ويتنصَّفُ الفضلُ، فلَا يتَمَكَّنُ الجهالةُ بكلِّ حالٍ. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ[1] وغيرُه ﷺ.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا قالَ: إنْ خِطْتَه اليومَ وإنْ خِطْتَه غدًا؛ لأنَّ ذلكَ عملٌ واحدٌ، فلَا يَجُوزُ أن يُسمَّىٰ فيه بدلانِ مختلفانِ.

وقالَ في «إشاراتِ الأسرارِ»: «فلئِنْ لَمْ يسْكُنْ قالَ بعضُهم: يسْتَحِقُّ الأقلَّ؛ لأنَّه ثابتٌ بيقينٍ، وبعضُهم أوجبُوا منْ كلِّ مُسمًّىٰ نصفَه، واختيارُ القُدُورِيِّ هوَ الأولُ؛ لأنَّه قالَ في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «فإنْ أمسكَ الدارَ، ولم يسْكنْ فيها حتىٰ مضتِ المدةُ؛ فعليه أقلُّ التسميتَيْنِ؛ لأنَّ الزيادةَ إنَّما تُسْتَحَقُّ باستيفاءِ مَنْفَعَةٍ زائدةٍ، ولَمْ يُوجَدْ ذلكَ، فوجَبَ بِالتَّخْلِيَةِ أقلُّ الأمريْنِ»[2].

[واللهُ أعلمُ][3]

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير للبزدوي [ق/٣٢٤].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٣].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م».

بَابُ
إِجَـارَةِ الْعَبْـدِ

قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ؛ فليسَ لهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

غاية البيان

بَابُ
إِجَـارَةِ الْعَبْـدِ

لَمَّا كانَ إجارةُ الرقيقِ نوعًا مِنْ أنواعِ الْإِجَارَةِ [٦/٣٤١ظ/م]، وبالرقيقِ مسائلُ خاصةٌ تتَعَلَّقُ به: ذكرَها في بابٍ على حِدَةٍ، وأخَّرَ ذِكْرَها؛ لأنَّ الجنسَ مقدَّمٌ على النوعِ، هذا ما لاحَ لي مِنْ جنسِ المناسبةِ.

وما قيلَ في بعضِ الشروحِ: إنَّ العبدَ منحَطُّ الدرجةِ عنِ الحُرِّ، فانحَطَّ ذِكْرُه عنْ ذِكْرِ الحُرِّ لذلكَ، ففيه نَظَرٌ؛ لأنَّ صاحبَ «**الهداية**» ﵀ ذَكَرَ قبْلَ هذا استئجارَ الدُّورِ والحَوَانِيتِ والحَمَّامِ والدوابِّ، وذَكَر هاهنا استئجارَ الرقيقِ؛ لاختصاصِه بالمسائلِ المذكورةِ في هذا البابِ.

وترجَم البابَ: ببابِ إجارةِ العبدِ، كما ترجَمَ في «**الأصلِ**»: ببابِ إجارةِ الرقيقِ للخدمةِ وغيرِها، وظاهرُ كلامِ هذا الشارحِ يُفْهَمُ منه: أنَّ العبدَ منحَطُّ الدرجةِ عنِ الحُرِّ؛ لأنَّه لَا ولايةَ لهُ أصلًا، ولا يَصِحُّ تصرُّفه في شيءٍ إلَّا بالإذنِ، وهذا مُسَلَّمٌ، ولكنْ لوْ كانَ مرادُ المصنفِ ﵀ هذا؛ لَمْ يَبْدَأْ أولَ البابِ باستئجارِ العبدِ؛ لأنَّه لَمْ يُوجَدْ منه تصرُّفٌ أصلًا في عَقْدِ الْإِجَارَةِ، لَا أصالةً ولا نيابةً، بلْ هوَ محلُّ التصرُّفِ، وموقعُ عَقْدِ الْإِجَارَةِ كالدابَّةِ ونحوِ ذلكَ.

فَعُلِمَ بهذا: أنَّ غرضَ المصنفِ لَمْ يَكُنِ إلَّا تنويعَ المسائلِ، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ؛ فليسَ لهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

ذلك ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اِشْتَمَلَتْ عَلَىٰ زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمْها الْإِطْلَاقُ **ولهذا جُعِل السَّفرُ عُذرًا** فَلَا بُدَّ مِنْ اِشْتِرَاطِهِ كَإِسْكَانِ الْحَدَّادِ وَالْقَصَّارِ فِي الدَّارِ ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الْخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الْخِدْمَةَ فِي الْحَضَرِ لَا يَبْقَىٰ غَيْرُهُ دَاخِلاً كَمَا فِي الرُّكُوبِ .

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَة ؛ فَلَيْسَ ......

غاية البيان

ذَلِكَ) ، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[١] ، وذلكَ لأنَّ الخدمةَ في السَّفَرِ أشقُّ منها في الحضرِ ، فصارتا في حكمِ الجنسينِ المختلفينِ ، فلَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ غيرَ ما وقعَ عليه العقدُ ، إذا كانَ ذلكَ الغيرُ أكثرَ ضررًا مِنَ الذي وقعَ عليه العقدُ ، كما إذا استأجرَ دكانًا ليَقْعُدَ فيه بزَّازًا ؛ لَا يَجُوزُ أنْ يَقْعُدَ فيه حدَّادًا أو قَصَّارًا ونحوَ ذلكَ ، إلَّا إذا شُرِطَ ذلكَ أو دلَّتْ عليه الحالُ ، فحينئذٍ تَجُوزُ المسافرةُ بالعبدِ لزوالِ الضررِ عنِ المولىٰ حيثُ رَضِيَ به ، وهذا كما إذا استأجرَ دَابَّةً في المِصْرِ للرُّكُوبِ شهرًا ؛ ليسَ لهُ أنْ يسافرَ بها لِمَا قلْنا ، وهذا لأنَّ السَّفَرَ محلُّ المَخَافاتِ والآفاتِ ، والفلاحُ فيه نادرٌ ، وخطَرُه كبيرٌ ، وأمْرُه عسيرٌ ، وهوَ كما قالَ صاحبُ «**الجمهرةِ**» [٢/٥١٨و]: «قال الأَصْمَعِيُّ ﷺ: سمعتُ أعرابيًّا يقُول: إنَّ التاجرَ ومالَه لعلىٰ قَلَتٍ إلَّا ما وَقَى اللهُ»[٢].

والقَلَتُ: الهلاكُ ، فإذا كانَ كذلكَ ؛ لم يَدُلِ الرِّضا بالخدمةِ في الحَضرِ علىٰ الرضا بها في السَّفرِ ، وإنْ سافرَ بالعبدِ ضَمِنَ ؛ لأنَّه صارَ مخالفًا ولَا أجْرَ عليه ؛ لأنَّ الأجرَ والضَّمَانَ لَا يجتمعانِ. كذا في «شرحِ الكافي» .

قولُه: (**وَلِهَذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا**) ، كما في مسألةِ آخرِ بابِ فسْخِ الْإِجَارَةِ.

قولُه: (**وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَةَ ؛ فَلَيْسَ**

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٢].
(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [١/٤٠٧].

لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الأَجْرَ.

غاية البيان

لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الأَجْرَ).

وصورةُ المسألةِ في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵁: في رَجُلٍ [٦/٣٤٢و] استأجرَ عبدًا محجورًا عليه شهرًا، فعملَ عندَه فأعطاه الأجرَ، قالَ: أُجِيزُ ذلكَ، وليسَ للمُسْتأْجِرِ أنْ يأخذَ الأجرَ»(١). إلى هنا لفظُ نصِّ «الجامعِ الصغيرِ»، وهذا استحسانٌ ذكرَه في «الأصلِ»(٢).

والقياسُ: ألَّا يَجِبَ الأجرُ؛ لأنَّ تصرُّفَ المَحْجُورِ عليه باطلٌ، فلَا يَجُوزُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ منه، فإذا كانَتِ الإِجَارَةُ باطلةً؛ لم يَجِبِ الأجرُ؛ لأنَّ الأجرَ لَا يَجِبُ في الْإِجَارَةِ الباطلةِ، ولأنَّ المُسْتَأْجِرَ غَاصِبٌ في استعمالِه، ولهذا إذا هلكَ العبدُ في عملِه وجَبَ الضَّمَانُ، وإذا وجَبَ الضَّمَانُ لَا يَجِبُ الأجرُ؛ لأنَّ الأجرَ مع الضَّمَانِ لَا يجتمعانِ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ العبدَ إنَّما كانَ محجورًا عنِ التصرُّفِ فيما فيه ضررٌ بالمولى، وفي الابتداءِ إنَّما اعتبرْناه محجورًا دفْعًا للضررِ عنِ المولى؛ لأنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ دائرٌ بينَ النفعِ والضررِ، وفي الانتهاءِ إذا فرغَ العبدُ سليمًا تمحَّضَ ذلكَ نفْعًا، فيُعْتَبرُ مأذونًا دلالةً، وإنْ لَمْ يُوجَدِ الإذنُ إفصاحًا؛ لأنَّا إذا أبطَلْنا عقْدَ الْإِجَارَةِ ضاعَتْ منافعُه، فلَمْ تتَقَوَّمْ أصلًا، وإذا أجزْناه تقوَّمَتْ منافعُه مِنْ غيرِ ضررٍ بالمولى، فوجَبَ القولُ بالتقوُّمِ، وكانَ عَقْدُه جائزًا، ووجَبَ الأجرُ؛ لأنَّ المَحْجُورَ يَمْلِكُ ما هوَ نفْعٌ مخضٌ.

أَلَا ترى أنَّه يَمْلِكُ قبولَ الهِبَةِ بغيرِ إِذْنِ المولى، بخلافِ ما إذا هلكَ مِنَ العملِ، حيثُ لَا يَجِبُ الأجرُ؛ لأنَّه لوْ جَوَّزْنا العقدَ حينئذٍ؛ لبطَلَ ضَمَانُ العينِ،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٤ - ٤٤٥].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/١٩٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَأَصْلُهُ أَنَّ الْإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ؛ اِسْتِحْسَانًا إِذَا فَرَغَ مِنَ الْعَمَلِ. وَالْقِيَاسُ أَلَّا يَجُوزَ؛ لِانْعِدَامِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَقِيَامِ الْحَجْرِ فَصَارَ كَمَّا إِذَا هَلَكَ الْعَبْدُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَى اِعْتِبَارِ الْفَرَاغِ سَالِمًا، ضَارٌّ عَلَى اِعْتِبَارِ هَلَاكِ

فكانَ ذلكَ نفعًا يَشُوبُه ضررٌ، فأبطلْناه.

أَوْ نَقُولُ: لوْ جازتِ الْإِجَارَةُ بَطَلَ ضَمَانُ العينِ، وضَمَانُ العينِ أكثرُ مِنْ ضَمَانِ المَنْفَعَةِ، فكانَ النظرُ للمولىٰ في بطلانِ الْإِجَارَةِ.

قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وكذا الصبيُّ المَحْجُورِ إذا آجَرَ نفسَه، وسَلِمَ مِنَ العملِ؛ كانَ لهُ الأجرُ؛ لأنَّ الصبيَّ يَمْلِكُ تحصيلَ المَنْفَعَةِ لنفسِه، ولهذا يَمْلِكُ قبولَ الهِبَةِ، وجوازُ الْإِجَارَةِ هنا تمَحَّضَ مَنْفَعَةً لهُ»(١).

ومعنىٰ قولِه: (لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرَ)، أي: ليسَ لهُ أنْ يَسْتَرِدَّ مِنَ العبدِ المَحْجُورِ الأجرَ.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «مختصرِه» المُسمَّىٰ بـ«الكافي» في آخرِ كتابِ التحرِّي: «رَجُلٌ آجَرَ عبدَه مِنْ رَجُلٍ سَنَةً بمِئةِ درهمٍ للخدمةِ، فخدَمَه ستةَ أشهرٍ، ثُمَّ أعتَقَه المولىٰ؛ فالعبدُ بالخيارِ: إنْ شاءَ فسَخَ الْإِجَارَة، وكانَ أجرُ ما مضىٰ للمولىٰ، وإن شاءَ مضىٰ عليها، وللعبدِ أجرُ ما بقِيَ منَ المدةِ، إلَّا أنَّ المولىٰ هوَ الذي يتولَّىٰ قَبْضَ جميعِ الأُجرةِ، وليسَ للعبدِ نقْضُها بعدَ اختيارِه المُضِيَّ عليها.

وإن كانَ المُسْتَأْجِرُ عجَّلَ الأُجرةَ كلَّها للمولىٰ قبْلَ أنْ يَعْمَلَ العبدُ شيئًا في أولِ الْإِجَارَة، فالأُجرةُ كلُّها للمولىٰ إذا اختارَ العبدُ المُضِيَّ علىٰ الْإِجَارَة؛ لأنَّ المولىٰ [٦/٣٤٢ظ/م] قد كانَ ملَكَ الأُجرةَ قبْلَ عِتْقِه.

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢١٩].

الْعَبْدِ، وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الْهِبَةِ، وإِذَا جَازَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَجْرَ.

غاية البيان

فإنْ كانَ الأجرُ شيئًا بعَيْنِه في جميعِ هذه الوجوهِ: فالجوابُ فيه كالجوابِ في الدراهمِ، وأمَّا صداقُ المرأةِ الأَمَةِ المُعْتَقَةِ إذا اختارَتِ النِّكاحَ؛ فهوَ للمولى إنْ كانَ قبَضَه، أوْ لم يقْبِضْه؛ لأنَّه واجبٌ بالعقدِ، والأجرُ يَجِبُ يومًا بيومٍ إذا لمْ يُمْكِنْ قبْضُه.

وكذلكَ الجوابُ في العبدِ إذا وَلِيَ إجارةَ نفسِه بإذْنِ المولى، إلَّا أنَّ العبدَ هوَ الذي يَلِي القبضَ، وهوَ الذي [٢/٥١٨ظ] يُطالبُ بالردِّ ما يَجِبُ ردُّه مِنَ المقبوضِ عندَ الفَسْخِ، ويَرْجِعُ هوَ بهِ على المولى عيْنًا كانَ ذلكَ عندَ المولى، أو مُسْتهلكًا؛ لأنَّه إنَّما وجَبَ بعدَ العتقِ والفَسْخِ.

وكذلكَ الأَمَةُ إذا زَوَّجَتْ نفسَها بإذْنِ مولاها، ثُمَّ أُعْتِقَتْ فلها الخيارُ، وكذلكَ الصبيُّ إذا آجَرَه الوَصِيُّ في عملٍ منَ الأعمالِ، فلَمْ يَتِمَّ العملُ حتَّى بلَغَ الغلامُ مبْلَغَ الرجالِ؛ فهوَ بالخيارِ في المُضِيِّ على الْإِجَارَةِ أو فَسْخِها، وكذلكَ الأبُ إذا آجَرَ ابنَه ثُمَّ أدركَ الابنُ.

ولوْ كانَ الأبُ والوصيُّ آجَرَ دارَ الصبيِّ سنينَ مَعْلُومَةً، فأدْرَكَ الغلامُ؛ لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يُبْطِلَ الْإِجَارَةَ؛ لأنَّهما في مالِه بمنزلةِ وكيلِ الكبيرِ، وإذا آجَرَ العبدُ المَحْجُورُ نفسَه مِن رَجُلٍ سَنةً بمئةِ درهمٍ ليخدمَه، فخدَمَه ستةَ أشهرٍ، ثُمَّ أعتقَ؛ فالقياسُ: أنَّه لَا أَجْرَ لهُ فيما مضى؛ لأنَّ المُسْتَأْجرَ صارَ ضامنًا له، فلَا يَجْتَمِعُ الأجرُ والضَّمَانُ.

ولكنَّا نَسْتَحْسِنُ إذا سَلِمَ العبدُ أنْ يُجْعَلَ لهُ الأجرُ فيما مضى، فيأْخُذُهُ العبدُ ويَدْفَعُه، وتَجُوزُ الْإِجَارَةُ فيما بقِيَ مِنَ السَّنَةِ، وأجْرُ الباقي مِنَ السَّنَةِ للعبدِ، ولا خيارَ لهُ في نَقْضِ الْإِجَارَةِ؛ لأنَّها جازَتْ بعدَ عِتْقِه بغيرِ إجارةِ المولى.

وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا، فَآجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ فأكلَهُ؛ فلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هو ضَامِنٌ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ المَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِذْ الإِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ......................................

غاية البيان

وكذلكَ الجوابُ إنْ كانَ قبضَ الأُجرةَ في حالِ رِقِّه، ويَكُونُ للعبدِ منها حِصَّةُ ما بقِيَ، وللمولىٰ حِصَّةُ ما مضىٰ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ الشهيدِ في «**مختصرِه**»، والباقي يُعْلَمُ في «**شروحِه**» إن شاءَ اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا، فَآجَرَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ الْغَاصِبُ الْأَجْرَ فَأَكَلَهُ؛ فلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَا: هو ضَامِنٌ)[2].

وصورتُها في «**الجامعِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ غصَبَ عبدًا، فآجَرَ العبدُ نفسَه، فأخَذَ الغَاصِبُ الأجرَ مِنَ العبدِ فأكَلَه، قالَ: لَا ضَمَانَ عليه، وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: هوَ ضامنٌ، فإنْ وَجَد المولىٰ الأجرَ قائمًا بعَيْنِه؛ أخَذَه كلَّه، وقَبْضُ العبدِ الأجرَ جائزٌ في قولِهم جميعًا»[3]. إلىٰ هنا لفظُ [أصلِ][4] «**الجامعِ الصغيرِ**».

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله: «مسألةُ الضَّمان مِنَ الخواصِّ»[5].

لهما: أنَّه أتلف مالَ الغيرِ بغيرِ إذْنِه [٦/٣٤٣و/م] فيَضْمَنُ؛ لأنَّ كَسْبَ العبدِ مِلْكُ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٤٧، ١٤٨].

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/١٣٩]، «تبيين الحقائق» [٥/١٤١]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٣٣٢]، «درر الحكام شرح غرر الأحكام» [٢/٢٣٨]، «رد المحتار» [٦/٧٤].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٥].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٣].

. . . .

المولى، ولهذا لوْ كانَ الكسبُ قائمًا بعَيْنِه أخَذَه المولى، فَعُلِمَ: أنَّ الغَاصِبَ أتلفَ مِلْكَ المولى فيَضْمَنُ.

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الغَاصِبَ أتلفَه بالتأويلِ في كَسْبِ العبدِ؛ لأنَّه يَمْلِكُه، وأكسابُه مِنْ وَقْتِ الغصبِ بأداءِ الضَّمَانِ إذا هلَكَ العبدُ، والإتلافُ بالتأويلِ لَا ضَمَانَ فيه، كالباغي إذا أتلفَ مالَ العادلِ، وإنَّما كانَ الاكتسابُ للغاصبِ بالضَّمَانِ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ جعلَ الضَّمَانَ بالخَراجِ[1].

والدليلُ على أنَّ المُسْتَهلكَ بالتأويلِ لَا ضَمَانَ عليه: ما إذا باعَ عبدًا رجلًا، فلَمْ يقْبِضْه المُشْتَرِي، فآجَرَ العبدُ نفسَه؛ فالغلَّةُ للمُشْتَرِي، فلوِ استهلَكَ البائعُ الغلَّةَ، ثُمَّ أخَذَ المشتري العبدَ؛ لَا ضَمَانَ عليه في الغلَّةِ؛ [لأنَّه إذا استهلَكَ العبدَ قبلَ القبضِ لَا ضَمَانَ عليه أصلًا][2]، ولأنه أتلفَ عينًا غير مُتقَوِّمٍ، فلَا يَلْزَمُه الضَّمَانُ؛ لأنَّ التقوُّمَ لَا يَكُونُ قبْلَ الإحرازِ، والإحرازُ بيدِ نفسِه، أوْ بيدِ نائبِه، والغَاصِبُ ليسَ بنائبٍ عنِ المولى، والعبدُ ليسَ بمُحْرِزٍ كَسْبَه؛ لأنَّ نفسَه ليسَ بمُحْرِزٍ به؛ لأنَّه في يدِ الغَاصِبِ وضمانِه؛ لأنَّه مقهورٌ في يدِ الغَاصِبِ، فإذا لَمْ يَكُنِ العبدُ مُحْرِزًا نفسَه؛ فلَأَنْ لَا يَكُونَ مُحْرِزًا كَسْبَه أَوْلَى.

وجازَ قَبْضُ العبدِ الأجْرَ؛ لأنَّه هوَ العاقدُ، وهذا لأنَّ في الأجرِ نفْعًا محْضًا عندَ فراغِ العبدِ عنِ العملِ[3] سالمًا، وإنْ وجَدَ المولى الأجرَ قائمًا؛ كانَ لَهُ أنْ يأخُذَ العبدَ والأجرَ جميعًا بالاتفاقِ.

وهما مَرَّا على أصْلِهما؛ لأنَّ ضَمَانَ الكسبِ يَجِبُ عندَهما، فإذا وجَبَ

---

(١) يشير إلى حديث عائشة ﷺ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ: «قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ». وقد مضى تخريجه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «عن العبد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

عَلَىٰ مَا مَرَّ.

وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالٍ مُحَرَّزٍ ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ، وَهَذَا غَيْرُ مُحَرَّزٍ فِي حَقِّ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِهِ.

وَإِنْ وَجَدَ الْمَوْلَى الْأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ **وَيَجُوزُ قَبْضُ الْعَبْدِ الْأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا**؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الْفَرَاغِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ: شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَالْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ الْمَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِي الْعَقْدَ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ أَوْ نَظَرًا إِلَىٰ تَنَجُّزِ الْحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ الثَّانِي إِلَىٰ مَا يَلِي الْأَوَّلَ ضَرُورَةً.

غاية البيان

الضَّمَانُ؛ وجَبَ الردُّ إن كانَ قائمًا.

وأبو حَنِيفَةَ ﷺ **فرَّقَ فقالَ**: إذا استهلَكَ الغَلَّةَ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وإذا كانتْ قائمةً يَجِبُ ردُّها؛ لأنَّ للغَاصِبِ تأويلَ [٢/٥١٩و] المِلْكِ، وليسَ في الحقيقةِ علىٰ مِلْكِهِ، وكانَتْ لهُ حالةٌ بينَ حالتَيْنِ، فإنْ كانَتْ قائمةً بعَيْنِها وجَبَ الردُّ، وإنِ استَهْلَكَها لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، كالبائعِ إذا استهلَكَ غَلَّةَ المَبِيعِ قبلَ قَبْضِ المُشْتَرِي؛ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وإنْ كانَتْ قائمةً تُرَدُّ علىٰ المُشْتَرِي.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ من وَجْهِ الاستحسانِ: أنَّ التصرفَ نافعٌ علىٰ اعتبارِ الفراغِ سالمًا.

قولُه: (**وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هَذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ: شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ، وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَالْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ**)، وهذِهِ منْ مسائلِ **«الجامعِ الصغيرِ»**[1].

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٥].

وَمَنِ استأجر عبدًا شهرًا بدرهم، فقبضهُ في أوّل الشهر، ثُمّ جاء آخرَ الشّهرِ ـ وَهُوَ آبِقٌ أوْ مريضٌ ـ فقال: أبق أوْ مرض حين أخذْته، وقال المولى: لم يكُنْ ذلِكَ إلّا قبل أنْ تأتيني بساعةٍ؛ فالقوْلُ قوْلُ المُستأجر، وإنْ جاء به

وذلكَ أنَّه لَمَّا قالَ: «شهرًا بأربعةٍ» انصرفَ ذلكَ إلى الإيجابِ الأولِ، كأنَّه سكَتَ عليه وقالَ: استأجرْتُ منكَ عبدَكَ هذا شهرًا بأربعةٍ، فهنالكَ ينصرفُ الإيجابُ إلى الذي يليه تحرِّيًا للجوازِ، فكذا هنا، فلَمَّا انضافَ الإيجابُ الأولُ إلى الشهرِ الأولِ؛ تعيَّنَ الثاني للذي يلي ذلكَ الشهرَ، حتى لوْ عملَ في الشهرِ [٦/٣٤٣ظ م] الأولِ دونَ الثاني؛ استحقَّ أربعةَ دراهمَ، ولوْ عملَ في الشهرِ الثاني دونَ الأولِ استحقَّ خمسةَ دراهمَ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في بابِ إجارةِ الرقيقِ مِنْ «شرحِ الكافي»: «وإذا استأجرَ الرَّجُلُ عبدًا [شهريْنِ][1]: شهرًا بخمسةٍ، وشهرًا بستةٍ؛ فهوَ جائزٌ، والشهرُ الأولُ بخمسةٍ، والثاني بستةٍ؛ لأنَّه لَمَّا بدأَ فقالَ: شهرًا بخمسةٍ؛ انصرفَ إلى الشهرِ الذي يعْقُبُ العقدَ؛ لِمَا بيَّنَّا أنَّ العقدَ في بابِ الإجارةِ يَثْبُتُ في الزمانِ الذي يعْقُبُ العقدَ، والذي يعْقُبُ العقدَ هوَ الشهرُ الأولُ.

ولوْ قالَ: شهرًا بستةٍ، وشهرًا بخمسةٍ؛ كانَ الأولُ بستةٍ، والثاني بخمسةٍ لِمَا بيَّنَّا، وإنِ استأجرَ ثلاثةَ أشهرٍ: شهريْنِ بدرهمٍ، وشهرًا بخمسةٍ؛ فالشهرانِ الأوَّلانِ بدرهمٍ، والشهر الآخرُ بخمسةٍ؛ لأنَّه بدأَ بهما في الذِّكْرِ.

قولُه: (وَمَنِ استأجرَ عَبْدًا شَهْرًا بدرهمٍ، فَقَبَضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ، ثُمَّ جَاءَ آخِرَ الشَّهْرِ ـ وَهُوَ آبِقٌ أَوْ مَرِيضٌ ـ فَقَالَ: أَبَقَ أَوْ مَرِضَ حِينَ أَخَذْتُه، وَقَالَ الْمَوْلَىٰ: لَمْ يَكُنْ ذلكَ إلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وهوَ صَحِيحٌ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُؤَاجِرِ، لِأَنَّهُمَا اِخْتلفَا فِي أَمْرٍ مُحْتملٍ فَيُرَجَّحُ بِحُكْمِ الحَالِ، إِذْ هُوَ دَلِيلٌ عَلَىٰ قِيَامِهِ مِنْ قَبْلُ وَهُوَ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسِهِ. أَصْلُهُ الِاخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ.

﴿ غاية البيان ﴾

وهوَ صَحِيحٌ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُؤَاجِرِ)، وهذهِ منْ مسائلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ استأجرَ مِنْ رَجُلٍ عبدًا لهُ شهرًا بدرهمَيْنِ، فقبَضَه في أولِ الشهرِ، ثُمَّ جاءَ في آخرِ الشهرِ وهوَ آبِقٌ، أوْ مريضٌ، فقالَ المُسْتَأْجِرُ: أَبَقَ حينَ أخذْتُه، وقالَ المُؤَاجِرُ: ما كانَ ذلكَ إِلَّا قبْلَ أنْ تأتِيَنِي بساعةٍ، قالَ: القولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ، وإنْ جاءَ وهوَ صحيحٌ في يدِ المُسْتَأْجِرِ، فقالَ المُسْتَأْجِرُ: أَبَقَ حينَ أخذْتُه، أوْ مَرِضَ حينَ أخذْتُه، وكَذَّبَه المُؤَاجِرُ؛ فالقولُ قولُ المُؤَاجِرِ»(١). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

ومقصودُ المُسْتَأْجِرِ مِنْ دعوىٰ الإباقِ أوِ المرضِ: دَفْعُ وجوبِ الأُجرةِ عنْ نفْسِه؛ لعدمِ تمَكُّنِه مِنْ اسْتِيفَاءِ المعقودِ عليه، وإنَّما كانَ القولُ في الصورةِ الأُولىٰ قولَ المُسْتَأْجِرِ، وفي الثانيةِ قولَ المُؤَاجِرِ؛ لأنَّهما اختلفا في أمْرٍ يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ وألَّا يَكُونَ علىٰ السواءِ؛ لأنَّ بمجردِ التَّسْلِيمِ إلىٰ المُسْتَأْجِرِ لَا يَجِبُ الأجرُ ما لَمْ يتمَكَّنْ.

فإذا تعارَضَ كلامُهما علىٰ السواءِ؛ احْتِيجَ إلىٰ ترجيحِ أحدِهما علىٰ الآخرِ، فيُحَكَّمُ الحالُ؛ لأنَّ الحالَ تصْلُحُ للترجيحِ وإنْ لمْ تَصْلُحْ حُجةً؛ لأنَّ الحالَ يَدُلُّ علىٰ الدوامِ ظاهرًا.

وإنَّما قلْنا: إنَّه يَصْلُحُ للترجيحِ وإنْ لمْ يَصْلُحْ حُجةً؛ لأنَّ الترجيحَ لَا يَكُونُ إلَّا بما يَصْلُحُ حُجةً، ففي الفصلِ الأولِ الحالُ شاهدٌ للمُسْتَأْجِرِ؛ لأنَّ العبدَ مريضٌ أو آبِقٌ، فقلْنا بفواتِ التمَكُّنِ في الماضي؛ لفواتِه في الحالِ، والمُؤَاجِرُ يدَّعِي

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٥].

. . . .

التمَكُّنَ، والمُسْتَأْجِرُ [٣٤٤/٦و/م] يُنْكِرُه، فكانَ القولُ قولَ المُنْكِرِ.

وفي الفصلِ الثاني: الحالُ شاهدٌ للمُؤاجِرِ؛ لأنَّ العبدَ صحيحٌ غيرُ آبِقٍ، فكان التمَكُّن ثابتًا في الحالِ، فجُعِلَ ثابتًا فيما مضىٰ بحُكْمِ الحالِ، والمُسْتَأْجِرُ يدَّعِي فوَاتَ التمَكُّنِ مِنَ الانتفاعِ، والمُؤَاجِرُ يُنْكِرُ ذلكَ، فكانَ القولُ قولَه.

نَظِيرُه: ما قالَ في «كتابِ الإجَارَاتِ» ـ في المُسْتَأْجِرِ [٥١٩/٢ظ] للرَّحَىٰ[1] إذا ادَّعَىٰ بعدَ المدةِ أنَّ الماءَ كانَ منقطعًا ـ: أنَّه إنْ كانَ في الحالِ منقطعًا؛ فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ، وإنْ كانَ جاريًا؛ فالقولُ قولُ صاحبِ الرَّحَىٰ لِمَا قلْنا: إنَّ الحالَ يَصْلُحُ مُرجِّحًا.

وقولُه: (جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ)، يَجُوزُ برَفْعِ الراءِ ونَصْبِها، فالأولُ علىٰ إسنادِ الفاعلِ إلىٰ الآخرِ، والثاني علىٰ الظرفِ. أي: جاءَ المُسْتَأْجِرُ في آخرِ الشهرِ.

ونخْتِمُ البابَ بمسألةٍ ذَكَرَها شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في بابِ إجارةِ الرقيقِ مِنْ «شرح الكافي» قالَ: «وإذا استأجرَ الرَّجُلُ عبدًا ليَخْدمَه كلَّ شهرٍ بأجْرٍ مُسَمًّىٰ فهوَ جائزٌ؛ لأنَّ الخدمةَ المعتادةَ مَعْلُومَةٌ، ووقْتُها معلومٌ، فصَحَّتِ الإِجَارَةُ، وله أنْ يَسْتَخْدِمَهُ مِنَ السَّحَرِ إلىٰ أنْ يَنَامَ الناسُ بعدَ العشاءِ الأخيرةِ، وإنَّما يَخْدمُه كما يُخْدَمُ الناسُ؛ لأنَّ الوقتَ الذي يَحْتَاجُ فيه الإنسانُ إلىٰ الخدمةِ هذا؛ لأنَّ الناسَ يَنَامُونَ بعدَ العشاءِ، ويَنْتَبِهونَ قريبًا مِنْ طلوعِ الفجرِ، ويَحْتَاجُ الأجيرُ إلىٰ أنْ يَقُومَ قبْلَه؛ ليُهَيِّئَ [له][2] أسبابَ الوضوءِ، ويُوقِدَ النارَ والسِّرَاجَ، وأشباهَ ذلكَ، فلذلكَ قيَّدْنَاه بهِ».

واللهُ سبحانَه أعلمُ.

---

(١) وقع بالأصل: «الرحىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بَابُ الِاخْتِلَافِ

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً، وقالَ الْخَيَّاطُ: بَلْ قَمِيصًا، أَوْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغْتَهُ أَصْفَرَ، وَقَالَ الصَّبَّاغُ: لَا، بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ؛ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ؛ أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الْإِذْنِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ، لَكِنَّهُ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ شَيْئًا لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ.

غاية البيان

بَابُ الِاخْتِلَافِ فِي الْإِجَارَةِ

لَمَّا ذكَرَ مسائلَ الْإِجَارَةِ بلَا اختلافٍ بين المُؤَاجِرِ والمُسْتَأْجِرِ: ذكَرَ في هذا البابِ اختلافَهما؛ لأنَّ الاتفاقَ هوَ الأصلُ، والخلافُ عارِضٌ.

قولُه: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً، وقالَ الْخَيَّاطُ: بَلْ قَمِيصًا، أَوْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغْتَهُ أَصْفَرَ، وَقَالَ الصَّبَّاغُ: لَا، بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ؛ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فإنْ حَلَفَ فالخَيَّاطُ ضامنٌ»(١)، أي: إنْ حَلَفَ صاحبُ الثوبِ.

وقالَ القُدُورِيُّ في شرْحِه لـ«مختصرِ الكَرْخِيِّ»: «فإنْ شاءَ ربُّ الثوبِ أخَذَ وأعطاه أجْرَ مثلِه»(٢).

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الكافي»: «وإنْ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٦].

....

أقاما البَيِّنَةَ، فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الخَيَّاطِ، وقالَ ابنُ أبي لَيْلَى: القولُ قولُ الخَيَّاطِ إذا لَمْ يَكُنْ لهُ بَيِّنَةٌ؛ لأنَّه يُنْكِرُ وجوبَ الضَّمَانِ عليه».

وقالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكَرْخِيِّ»: «وقالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله في «اختلافِ العِرَاقِيِّيْنِ»[1] مِثْلَ قولِنا في موضعٍ، وفي موضعٍ آخرَ: يتحالَفانِ، وإذا تحالَفا سَقَطَ الضَّمَانُ عنِ الخَيَّاطِ، وسقَطَ الأجرُ[2].

وَجْهُ قولِ [٦/٣٤٤ظ/م] ابنِ أبي لَيْلَى: أنَّ صاحبَ الثوبِ اعترفَ بالإذْنِ في القطعِ، وادَّعَى زيادةَ صفةٍ أسقطَ بها الأجرَ، فلَا يُقْبَلُ قولُه».

قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله: «وهذا ليسَ بصحيحٍ؛ لأنَّ صاحبَ الثوبِ لمْ يَعْتَرِفْ لِلخَيَّاطِ بالأجْرِ، فلَا يَجُوزُ إثباتُ الضَّمَانِ عليه بغيرِ اعترافِه»[3].

ولنَا: أنَّه إذا خاص مُستفاد مِن جهةِ صاحبِ الثوبِ، فوَجَبَ أنْ يَكُونَ القولُ قولَه، كَالْوَكِيلِ وَالْمُوَكِّلِ، ولأنَّه قطعَ ثوبَ غيرِه وادَّعَى الإذْنَ، فوَجَبَ أنْ يَكُونَ اليمينُ على المدَّعِي عليه، كما لوْ قالَ: لم آذَنْ لكَ في شيءٍ.

ولا معنى للتحالُفِ الذي ادَّعَاه الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه؛ لأنَّ صاحبَ الثوبِ ادَّعَى على الخَيَّاطِ الغصبَ، والخَيَّاطُ يدَّعِي الأجرَ، وذلكَ لَا يَثْبُتُ فيه تحالُفٌ، وإنَّما كانَ لربِّ الثوبِ في ضَمَانِ الخَيَّاطِ قِيمَةُ الثوبِ؛ لأنَّه لَمَّا حَلَفَ على دعوى الخَيَّاطِ؛

(١) اختلاف العراقِيِّيْن: كتاب مشهور للإمام الشَّافِعِيّ - مِن جملة كتب الأم -، يذْكر فيها المسائلَ التي اختلَف فيها: أبو حنيفة، وابنُ أبي ليلى. فتارة: يختار إحداهما، ويُزَيِّف الأخرى. وتارة: يُزَيِّفهما، ويختار غيرَهما. وهو: كتاب لطيف. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٣٩١/٢].

(٢) والقول الأول: هو الذي صحَّحه الرافعي والنووي. ينظر: «اختلاف العراقِيِّيْن/ ملحق بـ الأم» للشافعي [٢١٧/٨]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٤٣٦/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٧١/٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [٢٣٦/٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٦].

. . . .

فقدْ صارَ الخَيَّاطُ متصرِّفًا في ثوْبِه بغيرِ أمْرِه.

ومَنْ قطَعَ ثوبًا لغيرِه، وخاطَه بغيرِ أمْرِه؛ ضَمِنَ قيمتَه، وإنَّما كان لصاحبِ الثوبِ أخْذُ الثوبِ؛ لأنَّه أَذِنَ في القطعِ والخِيَاطَةِ، وقدْ فعلَ ذلكَ الخَيَّاطُ، لَا على غيرِ وَجْهِ المأمورِ بهِ؛ فقدْ وجدَ المعقودَ عليه مع تغَيُّرِ الصفةِ، فكانَ لصاحبِ [٢/٥٢٠و] الثوبِ أنْ يرضَىٰ بهِ.

وإنَّما وجَبَ أجرُ المِثْلِ؛ لأنَّ المستَعْملَ لمْ يَرْضَ بدَفْعِ المُسمَّىٰ إلَّا علىٰ مَنْفَعَةٍ موصوفةٍ بكمالِها، وإنَّما لَا يُجَاوزُ بهِ المُسمَّىٰ؛ لأنَّ الصَّانِعَ رَضِيَ بهِ بدلًا عنِ المَنْفَعَةِ المقصودةِ، فلَا يَجُوزُ أنْ يسْتَحِقَّ فيما دونَها أكثرَ منه، وقدْ مَرَّ ذلكَ قُبَيْل بابِ الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ **في «شرحِ الكافي»**: «وإذا دفَعَ الرَّجُلُ إلىٰ صبَّاغٍ ثوبًا يصْبُغه بصِبْغٍ سَمَّاه مِن عُصْفُرٍ، أوْ زَعْفَرَانٍ، أوْ بَقَّمٍ[(١)]، أو سَوادٍ؛ فهوَ جائزٌ، وإنْ خالفَه فصَبَغه غيرَ ما سَمَّىٰ له، إلَّا أنَّه يَزِيدُ مِنْ ذلكَ الصِّبْغِ؛ فلهُ أنْ يُضَمِّنَه قِيمَةَ الثوبِ أيضًا.

وإنْ شاءَ أخَذَ الثوبَ وأعطاهُ أجْرَ مثلِه، ولا يُجاوزُ بهِ ما سَمَّىٰ له؛ لأنَّه لَمَّا خالفَه صفةً؛ لَمْ يَكُنْ مأمورًا به، فكانَ لهُ أنْ يُضَمِّنَه قِيمَةَ الثوبِ، وإنْ شاءَ رَضِيَ به، وأعطاهُ أجْرَ مثلِه؛ لأنَّه وافقَه أصلًا ولا يُجاوزُ بهِ المُسَمَّىٰ؛ لأنَّه نقصَ مِنَ العملِ، فيُنْقَصُ مِنَ الأجرِ.

وإنِ اختلفَا فيما أمَرَه أنْ يصْبغَه بهِ؛ فالقولُ قولُ ربِّ الثوبِ مع يمينِه؛ لأنَّ

---

(١) البَقَّمُ ـ مفتوح الباء مشدَّد القاف ـ: شَجر يُصْبَغ به. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٥٢/١٢/ مادة: بقم].

قَالَ: وَإِذَا حَلَفَ فَالخَيَّاطُ ضَامِنٌ وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّر فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ إِذَا حَلَفَ، إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوِزُ بِهِ الْمُسَمَّىٰ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَصْبِ.

غاية البيان

الأمرَ يُستفادُ مِنْ جهتِه، فلوْ أنكرَ الأمرَ أصلًا؛ كانَ القولُ قولَه، فكذلكَ إذا أنكرَ وصْفَه».

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ)، أي: قُبيْلَ بابِ الْإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ.

قولُه: (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ الْغَصْبِ)، أي: ذكرَ في بعضِ نُسَخِ «**مختصرِ القُدُورِيِّ** ﵀»، وهذه روايةُ ابنِ سَمَاعَةَ عن محمدٍ ﵀، **يَعْنِي**: أنَّ الغَاصِبَ للثوبِ [٦/٣٤٥و/م] إذا صبغَه أحمرَ، أو أصفرَ، فإنْ شاءَ ربُّ الثوبِ ضَمَّنَه قِيمَةَ الثوبِ، وإنْ شاءَ أخَذَ الثوبَ وأعطاه ما زادَ الصِّبْغُ فيه، فكذلكَ هنا، إنْ شاءَ ضمَّنَ قِيمَةَ الثوبِ، وإنْ شاءَ أخَذَ الثوبَ وأعطاه ما زادَ الصِّبْغُ فيه؛ لأنَّه لَمَّا خالفَه في الصفةِ؛ صارَ بمنزلةِ الغَاصِبِ.

قالَ في «**خلاصةِ الفتاوىٰ**»: والصَّبَّاغُ إذا خالفَ، فصبَغ الأصفرَ مكانَ الأحمرِ؛ إنْ شاءَ ضَمَّنَه قِيمَةَ ثوبٍ أبيضَ، وإنْ شاءَ أخَذَ وأعطاه ما زادَ الصِّبْغُ فيهِ، ولا أجرَ لهُ، ولوْ صبغَ رديئًا: إنْ لَمْ يَكُنْ فاحشًا لَا يَضْمَنُ، وإنْ كانَ فاحشًا بحيثُ يَقُولُ أهلُ تلكَ الصنعةِ: إنَّه فاحشٌ؛ يَضْمَنُ قِيمَةَ ثوبٍ أبيضَ».

وفي «**المحيطِ**»: «لو أمَرَه بأنْ يَصْبغَه بزَعْفَرَانٍ أوْ بَقَّمٍ، فصبَغَه عينَ ما سَمَّىٰ، إلَّا أنَّه لَمْ يُشْبِعْ صِبْغَه، وقدْ أمَرَه صاحبُ الثوب أنْ يُشْبِعَه؛ فالمالكُ بالخيارِ: إن شاءَ ضَمَّنَه قِيمَةَ ثوْبِه أبيضَ، وسَلَّمَ لهُ الثوبَ، وإنْ شاءَ أخَذَه وأعطاه أجْرَ مثلِه، لَا

وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: عَمِلْتَهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرٍ، وقالَ الصَّانِعُ: بلْ بِأَجْرٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ إِذْ هُوَ

غاية البيان

يُرَادُ على المُسمَّىٰ في الأصلِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «الخلاصةِ».

قولُه: (وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: عَمِلْتَهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرٍ، وقالَ الصَّانِعُ: بلْ بِأَجْرٍ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه: إنْ كانَ حَرِيفًا[2] لهُ فلهُ الأجرُ، وإنْ لَمْ يَكُنْ حَرِيفًا لهُ فلَا أُجرةَ لهُ.

وقالَ محمدٌ رضي الله عنه: إنْ كانَ الصَّانِعُ معروفًا بهذه الصنعةِ بالأُجرةِ؛ فالقولُ قولُه»[3].

وأثبتَ الشيخُ أبو نصْرٍ البَغْدَادِيُّ رحمه الله في «شرحِه» لفْظَ القُدُورِيِّ بقولِه: «فالقولُ قولُ صاحبِ الثوبِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه مع يمينِه»[4].

وقالَ القُدُورِيُّ أيضًا في كتابِ «التقريبِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: إذا عمِلَ الصَّانِعُ وطلبَ الأجرَ، فزعَمَ صاحبُ الثوبِ أنَّه عملَه بغيرِ أجْرٍ؛ فالقولُ قولُه، وقالَ أبو يوسفَ رحمه الله: إنْ كانَ حَرِيفًا لهُ؛ فالقولُ قولُ الصَّانِعِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ حَرِيفًا له؛ فالقولُ قولُ صاحبِ الثوبِ، وقالَ محمدٌ رحمه الله: إنْ كانَ الصَّانِعُ نصَبَ نفسَه لتلكَ الصناعةِ؛

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٢٧].

(٢) الحَرِيفُ: هو الخَلِيط والمُعامِل. وجمْعُه: حُرَفَاء، مثل: شَرِيفٍ وشُرَفَاء. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/١٣٠/ مادة: حرف].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٠٤].

(٤) قال في التصحيح: ورجح دليل الإمام في الهداية، وأجاب علىٰ دليلهما، واعتمده الإمام المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة، وجعل جواهر زاده الفتوىٰ علىٰ قول محمد. ينظر: «المحيط البرهاني» [٧/٥٣٨]، «التصحيح والترجيح» [ص٢٦٠]، «العناية شرح الهداية» [٩/١٤٣]، «تبيين الحقائق» [٥/١٤٣]، «درر الحكام» [٢/٢٣٨] «اللباب شرح الكتاب» [٢/١٠٣].

بِتَقَوُّمِهِ بِالْعَقْدِ وَيُنْكِرُ الضَّمَانَ وَالصَّانِعُ يَدَّعِيهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ.

غاية البيان

بِهِ الأَجرُ، وإنْ لَمْ يَكُنْ نَصَبَ نفسَه لها فلا أجرَ له».

وَجهُ قولِ أبي حَنيفَةَ ﷺ: أنَّ المَنافِعَ لَا قِيمَةَ لها إلَّا بعقْدٍ أوْ شُبهةِ عقْدٍ، ولا يُعلَمُ وجودُ ذلكَ، فلَا يَجُوزُ تقوُّمُها، ولأنَّ الصَّانِعَ يدَّعِي أمرًا حادِثًا تتقوَّمُ بهِ المَنافِعُ، وهوَ العقدُ، فلَا يُقبَلُ قولُه فيهِ إلَّا بِالبيِّنَةِ.

وَوجهُ قولِ أبي يوسفَ ﷺ: أنَّ [٢/٥٢٠ظ] الحَريفَ يدْفَعُ إليه السلْعةَ على العهدِ الذي بينهما، فيَصِيرُ ذلكَ شُبهةً في التقويمِ، وغيرُ الحَرِيفِ لَا يدْفَعُ إليه إلَّا بتسميةٍ، فوَجَبَ اعتبارُ العادةِ؛ لأنَّ المعتادَ كالمنطوقِ بهِ، فكأنَّه قالَ: اعمَلْه بأجرٍ.

جوابُه: أنَّه ربَّما يعْمَلُ بغيرِ أجْرٍ مَنْ يعْمَلُ بأجْرٍ، فكانَ العُرْفُ مُشْتركًا، فلَا يَصْلُحُ مُقيِّدًا، فوَجَبَ الرجوعُ إلى النُّطْقِ.

وَوجهُ قولِ محمدٍ ﷺ: أنَّ الظاهرَ ممَّنْ نصَبَ نفسَه للصناعةِ [٦/٣٤٥ظ/م] ألَّا يَعْمَلَها مِنْ غيرِ عِوَضٍ، فكانَ الظاهرُ معَ الصَّانِعِ، ومَنْ لمْ يَنْصِبْ نفسَه للصناعةِ؛ فلَا ظاهرَ معه، فلَا يُلْتَفَتُ إلى قوله.

وجوابُه: أنَّ الظاهرَ يَصْلُحُ للدفعِ، لَا للاستحقاقِ، فيَجُوزُ أنْ يدفعَ الاستحقاقَ عن نفسِه، ولا يَجُوزُ أنْ يثبتَ الاستحقاقَ على غيرِه.

قالَ الشيخُ أبو نصرٍ ﷺ: «وأمَّا قولُه: مع يمينِه. فلأنَّ مَن جُعِلَ القولُ قولَه فيما هوَ خَصْمٌ فيه، والشيءُ ممَّا يَصِحُّ بذْلُه، فالقولُ قولُه مع يمينِه كَالمُودَعِ إذا ادَّعَى هلاكَ الوَدِيعَةَ، وإذا حَلَفَ ربُّ الثوبِ لزمَه ما زادَ الصِّبْغُ في ثوبِه؛ لأنَّ صاحبَ الصِّبْغِ لمْ يَرْضَ أنْ يُسْتَحقَّ عليهِ صِبْغه بغيرِ شيءٍ، فلزمَه ذلكَ»[1]. كذا في «شرحِ الأقطعِ ﷺ».

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/٣١٥].

. . . .

ثُمَّ اعلمْ: أنَّه لَا خلافَ في ظاهرِ الروايةِ: أنَّ القولَ قولُ ربِّ الثوبِ، ولهذا قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «لوْ قالَ عمِلْتَه لي بغيرِ أجْرٍ؛ فالقولُ قولُ ربِّ الثوبِ؛ لأنَّ العملَ إنَّما يتقوَّمُ بالعقدِ، وهوَ يُنْكِرُ العقدَ». ولمْ يذْكرِ الخلافَ.

ولهذا قَالَ صاحبُ «النافعِ»: «وعنْ أبي يوسفَ رضي الله عنه: إنْ كانَ حَرِيفًا؛ فلهُ الأَجْرُ».

فَعُلِمَ: أنَّ خلافَهما ليسَ بظاهرِ الروايةِ.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التتمةِ»: «دفعَ إلىٰ قصَّارٍ ثوبًا ليَقْصُرَه، ولم يذْكرْ لهُ أجرًا، لمْ يذكرْ جوابَها في الكتابِ ـ يَعْنِي: في إجاراتِ «الأصلِ» ـ وفي غيرِ روايةِ الأصولِ: فيها ثلاثةُ أقوالٍ:

علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: مُتَبَرِّعٌ.

وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ رضي الله عنه: كذلكَ، إلَّا أنْ يَكُونَ خَلِيطَه، وهوَ أنْ يَكُونَ يدفعُ إليه ثوبًا للقِصَارَةِ بالأجرِ عادةً.

وعلىٰ قولِ محمدٍ رحمه الله: إنِ اتخذَ دُكّانًا وانتصَبَ لعملِ القِصَارَةِ؛ يَجِبُ الأجرُ وإلَّا فلَا. قالَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله: وعليه الفتوىٰ»(١). إلىٰ هنا لفظُ «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التتمةِ».

ثُمَّ نقَلَ في «التتمةِ» عنِ «الكافي»(٢): «إنَّ القولَ قولُ المُنْكِرِ للإجارةِ؛ لأنَّ المَنَافِعَ لَا تتقوَّمُ إلَّا بالعقدِ، بخلافِ ما لوْ دفعَ إلىٰ آخرَ عينًا ثُمَّ اختلَفا، فقال الدافعُ:

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٣١].

(٢) وقع بالأصل: «الوافي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

هوَ قرْضٌ، وقالَ الآخرُ: هِبَةٌ؛ لأنَّ العينَ مُتقوِّمٌ بنفسِه، والآخرُ يدَّعِي الإبراءَ عنْ قيمتِه»[١].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في شرحِ «الكافي»[٢]: «ولوْ أَسْلمَ ثوبًا إلى صبَّاغٍ يصْبغُه أحمرَ، فصبَغَه ثُمَّ اختلفَا، فقالَ الصَّبَّاغُ: صبَغْتُه بدرهمٍ. وقالَ ربُّ الثوبِ: صبَغْتَه بدانقَيْنِ. فإني أَنْظُرُ إلى ما زادَ الصِّبْغُ فيه: فإنْ كانَ درهمًا أو أكثرَ؛ فله درهمٌ؛ لأنَّ الحالَ يَصْلُحُ حُكْمًا في البابِ، فكانَ القولُ قولَ مَنْ يشْهدُ لهُ الظاهرُ مع يمينِه، وإنْ كانَ أقلَّ مِنْ دانِقَيْنِ؛ أعطيتُه دانِقَيْنِ بعدَ أنْ يُحلَّفَ ربُّ الثوبِ ما صبَغَه إلَّا بدانِقَيْنِ.

نظيرُ هذا الاختلافِ: في المهرِ بيْنَ الزوجيْنِ، فإنَّه يُحَكَّمُ مهرُ المِثْلِ.

وإنْ كانَ الصِّبْغُ [٦/٣٤٦و/م] سوادًا، فالقولُ قولُ ربِّ الثوبِ مع يمينِه[٣]؛ لأنَّه يدَّعِي عليه زيادةَ أجرٍ، وهوَ يُنْكِرُ، وليسَ لهُ في المحلِّ عينٌ قائمةٌ حتى يقْطَعَ حقَّه عنها، ولوْ قالَ ربُّ الثوبِ: صبغْتَه لي بغيرِ أجْرٍ؛ كانَ القولُ قولَه؛ لأنَّ السوَادَ يُنْقِصُ الثوبَ.

أمَّا إذا كانَ صِبْغًا يزيدُ في الثوبِ، فقالَ ربُّ الثوبِ: صبغْتَه بغيرِ أجْرٍ. وقالَ الصَّبَّاغُ: صبَغْتُه بدرهمٍ. فإنَّهما يتحالَفانِ؛ لأنَّ هذا يدَّعِي الهِبَةَ، والآخرُ يدَّعِي [٢/٥٢١و] التجارةَ، فكانَ كلُّ واحدٍ منهما مُدَّعِيًا ومُدَّعًى عليه، ثُمَّ يَضْمَنُ ربُّ الثوبِ ما زادَ الصِّبْغُ في ثوبِه؛ لأنَّه احتبسَ حقَّه عندَه، ولا يُجاوزُ بِهِ درهمٌ؛ لأنَّه لَا يدَّعِي

---

(١) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/٩٨].

(٢) ذكره في باب الاستصناع. كذا جاء في حاشية: «م».

(٣) وهذا عند أبي حنيفة، وبه صرَّح شمسُ الأئمة الحلوانيّ في «محيطه»؛ لأن عند أبي حنيفة السوَاد نُقْصان، فكان صبْغه كلا صبْغٍ. وعندهما: السوَادُ كالحُمْرة. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

عليه أكثر من ذلك.

ولو اختلف القصَّارُ وربُّ الثوبِ في مقدار الأجرة، فإنْ كان ذلك قبل الأخذ في العمل تحالفا وترادَّا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مُدَّعٍ ومُدَّعًى عليه، القصَّارُ يدَّعي استحقاقَ قدرِ أجرٍ زائدٍ، وربُّ الثوب يدَّعي استحقاق العمل عليه بأجرٍ ناقصٍ، فيتحالفان، وقد أمكن إظهارُ فائدةِ التحالُفِ، وهو الفسْخُ؛ لأنَّ المعقود لم يصِرْ مُسلَّمًا، فأمكن رَدُّ العقدِ، وعودةُ الأمرِ إلى ما كان من قبلُ.

وإنْ كانَ فرَغَ مِنَ العملِ، فالقولُ قولُ ربِّ الثوبِ، ولا يتحالفان؛ لأنَّ التحالُفَ لِلفَسْخِ وقدْ تعذَّرَ، وكذلك لوْ قال: عملتَه لي بغيرِ أجرٍ، فالقولُ قولُ ربِّ الثوبِ؛ لأنَّ العملَ إنَّما يتقوَّمُ بالعقدِ، وهوَ يُنكِرُ العقدَ». إلى هنا لفظُ شيخِ الإسلام علاءِ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيِّ.

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصره»: «وإذا استأجر رجُلٌ من رَجُلٍ دارًا أو دابَّةً أوْ غيرَ ذلكَ، فاختلفا بعدَ وقوعِ العقدِ قبل أنْ يتصرَّف المُسْتأجِرُ فيما استأجَرَه، والإِجَارَةُ واقعةٌ على صحتِه، فاختلَفا في الأجر، فقال المُسْتأجِرُ: بخمسةِ دراهمَ، وقالَ المُؤَاجِرُ: بعشرةِ دراهمَ، فإنَّهما يتحالَفانِ، وتُفْسخُ الإِجارةُ.

ومَنْ نكَلَ[1] منهما عنِ اليمينِ لزِمَه دعوى صاحبِه، ومَنْ أقامَ منهما بيِّنةً قُبِلتْ بيِّنتُه، فإنْ أقاما جميعًا بيِّنَةً: كلُّ واحدٍ منهما يُقيمُ البيِّنةَ على ما ادَّعى، فإنَّ البيِّنةَ بيِّنةُ المُؤَاجِرِ؛ لأنَّه يدَّعِي فضلًا فيما يستَحقُّ بالعقد.

وإنِ اختلفا في المدَّةِ، أوْ في المسافةِ، أو فيما وقَع عليه العقدُ، فقال

(١) نكل: مصدره النكول: وهو الجبن والنكوص، والناكل من الرجال الضعيف والجبان. وفي الاصطلاح: الامتناع من الحلف. ينظر: «مختار الصحاح» [٢٨٣]، «القاموس المحيط» [١٣٧٦]، «الفقه النافع» [١١٩٢/٦].

. . . .

المُسْتَأْجِرُ: استأجرتُ شهريْنِ[1] بعشرةٍ، وقالَ المُؤَاجِرُ: شهرًا واحدًا بعشرةٍ. أو قالَ: استأجرْتُ إلىٰ الكوفةِ بعشرةٍ، وقالَ الآخرُ: آجرتُكَ إلىٰ القصْرِ بعشرةٍ، فهوَ مثْلُ الأولِ في التحالُفِ والنُّكُولِ وإقامةِ البَيِّنَةِ، فإنْ أقاما جميعًا البيِّنَةَ؛ فالبَيِّنَةُ بيِّنةُ المُسْتَأْجِرِ؛ لأنَّه يدَّعِي فضْلًا فيما استحَقَّه بعَقْدِ الْإِجَارَةِ فجَحدَه الآخرُ، فاليمينُ علىٰ الجاحدِ، والبَيِّنَةُ علىٰ المدَّعِي علىٰ ما فسَّرْتُ لكَ.

فإنِ ادَّعَىٰ المُؤَاجِرُ فضلًا فيما يستحقُّه مِنَ الأجرِ [٦/٣٤٦ظ/م]، وادَّعَىٰ المُسْتَأْجِرُ فضلًا فيما يَسْتَحِقُّه علىٰ المُؤَاجِرِ، فقالَ المُؤَاجِرُ: آجرتُك إلىٰ القصرِ بعشرةٍ. وقالَ المُسْتَأْجِرُ: إلىٰ الكوفةِ بخمسةٍ. أوْ قالَ آجرتُك الدارَ شهرًا بعشرةِ دراهمَ، وقالَ المُسْتَأْجِرُ: استأجرْتُ شهريْنِ بخمسةٍ؛ فهما أيضًا في التحالُفِ والنُّكُولِ كما ذكرْتُ لكَ، وفي إقامةِ أحدِهما البيِّنَةَ.

فإنْ أقاما جميعًا بيِّنَةً قُبِلَتْ بيِّنَةُ كلِّ واحد منهما علىٰ الفضلِ الذي يَسْتَحِقُّه بعقْدِ الْإِجَارَةِ، فيَكُونُ إلىٰ الكوفةِ بعشرةٍ، وشهرانِ بعشرةٍ؛ تَكُونُ البيِّنَةُ بيِّنَةَ المُؤَاجِرِ فيما ادَّعَىٰ مِن فَضْلِ الآجِرِ، والبَيِّنَةُ بيِّنَةُ المُسْتَأْجِرِ فيما ادَّعَىٰ مِن فَضْلِ الوقتِ أوِ المسافةِ.

فإنْ لم تَكُنْ لهُ بيِّنَةٌ، وقدْ سارَ بعضَ الطريقِ، أوْ رَكِب بعضَ المسافةِ؛ كانَ القولُ قولَ المُسْتَأْجِرِ فيما مضىٰ مع يمينِه، ويتحالَفانِ، وتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ فيما بقِيَ، وإنْ كانَ اختلافُهما بعدَ مُضِيِّ وَقْتِ الْإِجَارَةِ، وبعدَ بلوغِ الغايةِ التي استأجرَ إليها؛ فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ مع يمينِه، ولا يمينَ علىٰ المُؤَاجِرِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله في «مختصرِه».

---

(١) وقع بالأصل: «شهرًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٥].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ حَرِّيفًا لَهُ أَيْ خَلِيطًا لَهُ **فَلَهُ الْأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا**؛ لِأَنَّ سَبْقَ مَا بَيْنَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلَبِ بِأَجْرٍ جَرْيًا عَلَىٰ مُعْتَادِهِمَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهَذِهِ الصَّنْعَةِ بِالْأَجْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الْحَانُوتَ لِأَجْلِهِ جَرَىٰ ذَلِكَ مَجْرَى التَّنْصِيصِ عَلَى الْأَجْرِ؛ اِعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ. وَالْجَوَابُ عَنْ اِسْتِحْسَانِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى الِاسْتِحْقَاقِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

غاية البيان

وقدْ كتبْتُ هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ لمنْ ينْظُرُ في كتابِنا هذا؛ رجاءً لصالحِ دعائِه.

قولُه: (إنْ كانَ حَرِيفًا)، يقال: فلانٌ حَرِيفُ فلانٍ. أي: مُعامِلُه. كذا في «ديوانِ الأدبِ»(١)، و«المجملِ»(٢).

وفَسَّرَه صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: بالخليطِ، وأرادَ به: ما ذَكَرْنا، وهوَ الذي كانَ لهُ مع الصَّبَّاغِ أوِ القَصَّارِ خُلْطةٌ ومعاملةٌ، وكان يَدْفَعُ إليه الثوبَ مرارًا بالأجرةِ؛ لِيَقْصُرَه أو لِيَصْبغَه، ففي هذه المرةِ دفعَ إليه الثوبَ لِيَقْصُرَه [٢/٥٢١ظ] أو لِيَصْبغَه ولم يذْكرِ الأُجرةَ، فقَصَرَه أو صَبَغَه، فاختلَفا بعدَ ذلكَ في الأجرِ، ولَمْ يُرِدْ بهِ الشَّرِيكَ.

والله أعلمُ.

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١/٤١٥].

(٢) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٢٢٧].

بَابُ
فَسْخِ الْإِجَارَةِ

غاية البيان

بَابُ
فَسْخِ الْإِجَارَةِ

ذكَرَ الفَسْخَ آخرًا؛ لأنَّ فَسْخَ العقدِ بعدَ وجودِ العقدِ لَا محالةَ، فناسَبَ ذِكْرُه آخرًا.

اعلمْ أَوَّلًا: أنَّ الْإِجَارَةَ هل تُفْسَخُ بالأعذارِ؟ فيه خلافٌ، فعندَنا: تُفْسَخُ خلافًا للشَّافِعِيِّ رضي الله عنه[1]؛ لأنَّ العقدَ وُجِدَ دفعةً علىٰ المَنَافِعِ، فصارَ كبَيْعِ العينِ.

ولنا: أنَّ الْإِجَارَةَ جُوِّزَتْ للعذرِ، فلَأَنْ تُفْسَخُ بالعُذرِ أَوْلَىٰ، ولأنَّ جوازَ الْإِجَارَةِ للحاجةِ، فإذا ظهرَ العذرُ لَمْ يَبْقَ محتاجًا، فلَا حاجةَ إلىٰ الإبقاءِ، ولأنَّ وجودَ العذرِ بمنزلةِ العيبِ المتمكِّنِ قبلَ القبضِ علىٰ معنىٰ أنَّ في استدامةِ العقدِ ضررًا زائدًا يَلْزَمُه، وله ألَّا يَلْتَزِمَ.

ثُمَّ العذرُ ما هوَ؟ قالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «والعذرُ منْ جهةِ المُؤَاجِرِ، أي: يَلْحَقُه دَيْنٌ فادحٌ[2]، لَا وفاءَ لهُ إلَّا بِبَيْعِ الشيءِ المُسْتَأْجرِ إذا كانَ الدَّيْنُ ثبَتَ قبلَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ.

ولوْ ثبَتَ الدَّيْنُ بالإقرارِ بعدَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ؛ فعندَ أبي حَنِيفَةَ: كذلكَ أيضًا.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله: لَا تَنْتَقِضُ الْإِجَارَةُ. وإذا ثبَتَ العذُرُ مِنْ جهةِ

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٩٣/٧]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [١٦٣/٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٣٩/٥].

(٢) وقع بالأصل و«م»، و«س»، و«غ»: «قادح». والمثبت من: «ن»، و«ج».

قَالَ: وَمنِ اسْتأْجر دارًا فَوجد بِهَا عَيْبًا يُضِرُّ بالسُّكْنَى؛ فَلَهُ الْفَسْخُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعُ، وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فكَانَ هَذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ [١٢٣/و]

غاية البيان

المُؤَاجِرِ فإنَّ القاضيَ يبيعُه أوّلًا، ثُمَّ ينْقُضُ الْإِجَارَةَ، ولا ينقُضُ بنَفْسِ العذرِ.

والعذرُ [٦/٣٤٧و/م] مِنْ جهةِ المُسْتَأْجِرِ: أنْ يُرِيدَ سفرًا، أوْ أفلسَ وقامَ مِنَ السوقِ، أو تركَ الحِرْفَةَ وأخذَ في الزِّرَاعَةِ، أو استأجرَ أرضًا لِلزِّرَاعَةِ وتركَ الزِّرَاعَةَ وأخذَ في التجارةِ، أوْ ما أشبهَ ذلكَ، فإنَّه يَكُونُ عذرًا، فأمَّا إذا وجدَ أرخصَ مِنْ ذلكَ، فأرادَ أنْ يَتْرُكَ هذا، ويَأْخُذَ الأرخصَ؛ فليسَ لهُ ذلكَ.

ولوِ استأجرَ رَجُلًا ليقْلَعَ سِنَّه، ثُمَّ بدا لهُ ألَّا يقْلَعَ، فإنَّه يَكُونُ عُذرًا، وكذلكَ لوِ استأجرَ ليهْدِمَ دارَه، ثُمَّ بدا لهُ ألَّا يهْدِمَ فهوَ عُذْرٌ، وكذلكَ إذا وقعَتْ في يدِه آكِلَةٌ، فاستأجرَ رَجُلًا ليقْطَعَ يدَه، ثُمَّ بدا لهُ ألَّا يقْطَعَ؛ فهوَ عُذْرٌ»[(١)].

قالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ رحمه الله في شرحِه لـ«مختصرِ الطَّحَاوِيِّ»[(٢)]: «ومِنَ السلفِ مَن يرىٰ نقْضَ الْإِجَارَةِ مِنْ غيرِ عُذْرٍ، قالَ: وأحسبُه قولَ شُرَيْحٍ، وإنَّما لَمْ يَكُنْ لهُ نَقْضُها مِنْ غيرِ عُذْرٍ؛ لقولِ اللهِ تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[(٣)].

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يُضِرُّ بِالسُّكْنَى؛ فَلَهُ الْفَسْخُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[(٤)]، وذلكَ لأنَّ كلَّ جزءٍ منَ المَنْفَعَةِ معقودٌ عليه، فحدوثُ العيبِ فيه قبلَ القبضِ يُوجِبُ الخيارَ، كما في المَبِيعِ، ثُمَّ المُسْتَأْجِرُ إذا اسْتَوْفَىٰ المَنْفَعَةَ يَلْزَمُه جميعُ الأجرِ؛ لأنَّه رَضِيَ بالمعقودِ عليه كالمشتري إذا رَضِيَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق/٢٨٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣/٤٠١].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٠٥].

ـقص فثبت الخيار كَمَا فِي الْبَيْعِ، ثُمَّ الْمُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ فَقَدْ
رضي بالعيب فَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ الْبَدَلِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ فَعَلَ الْمُؤَاجِرُ مَا أَزَالَ بِهِ
العيب فَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ لِزَوَالِ سَبَبِهِ.

ـجميع للتعيب.

وجملةُ ذلكَ: ما قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «وإذا استأجرَ الرَّجُلُ عبدًا ليَخْدمَه، أو دَابَّةً ليَرْكَبَها إلى مكانٍ معلومٍ، أو دارًا، فحَدَث فيها عيبٌ يضرُّ بالانتفاعِ بما استُؤْجِرَ مِنْ ذلكَ؛ فالمُسْتأجرُ بالخيارِ: إنْ شاءَ مضى على الإجَارةِ، وإنْ شاءَ فسَخَ، وإنْ مضى على ذلكَ؛ فعليه الأجرُ تامًّا لَا يُنْقَصُ منه شيئًا.

وكذلكَ إنْ كانَ الحادثُ سقوطَ بيتٍ منها، فمضى على الْإِجَارَةِ، لَا يُنْقَصُ منه شيءٌ، وإنْ كانَ ما حدَث مِنْ جميعِ ذلكَ لَا يُنْقِصُ الانتفاعُ بهِ، فلَا خيارَ لَهُ، والإجَارَةُ لهُ لازمةٌ، فإنْ بنَى المُؤَاجِرُ ما سقَطَ؛ لَمْ يَكُنْ للمُسْتَأجرِ أنْ يفسَخَ الإجَارَةَ. فإنْ كانَ المُؤَاجِرُ غائبًا، فحَدَثَ ما يُوجِبُ الفَسْخَ، فليسَ للمُسْتَأْجِرِ أنْ يفسَخَ الْإِجَارَةَ، وإنْ سقطَتِ الدارُ كلُّها؛ فلهُ أنْ يخرُجَ، كانَ صاحبُ الدارِ شاهِدًا أوْ غائبًا»(١). إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

والأصلُ فيهِ: أنَّ العيبَ إذا حدَثَ بالعينِ المُسْتَأجرةِ؛ فإنْ أثَّرَ ذلكَ في المَنَافِعِ يثبُتُ الخيارُ [٢/٢٢٥و] للمُسْتَأْجِرِ، كالعبدِ إذا مَرِضَ، والدَّابَّةِ إذا مَرِضَتْ، والدارِ إذا انهدمَ بعضُها؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ منَ المَنْفَعَةِ كالمعقودِ عليه، فحدوثُ عَيْبٍ فيه قبلَ القبضِ يُوجِبُ الخيارَ، وإنْ لم يُؤثِّرْ ذلكَ في المَنَافِعِ؛ لَا يَثْبُتُ الخيارُ، كالعبدِ المُسْتَأْجرِ للخدمةِ إذا ذهبَتْ إحدىٰ عينَيْه، وذلكَ لَا يُضِرُّ بالخدمةِ [٦/٣٤٧ظ/م]، أوْ سقط شعْرُه، وكالدارِ إذا سَقَطَ منها حائطٌ لَا يُنْتَفَعُ بهِ في سُكْناها؛ لأنَّ العقدَ ورَد

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٦٤].

....

علىٰ المَنفَعةِ دونَ العينِ.

وهذا النقصُ حصَلَ بالعينِ دون المنْفعةِ، والنقصُ بغيرِ المعقودِ عليه لا يُثْبتُ الخيارَ، ثُمَّ فيما يثْبُتُ لهُ الخيارُ إذا اسْتوْفىٰ المَنفعةَ يلْزَمُه الأجرُ كاملًا، كالمشتري إذا رَضِيَ بالمَعِيبِ.

ثُمَّ إذا حدَثَ ما يُوجِبُ الفَسْخَ؛ لَا يَجُوزُ الفَسْخُ إِلَّا بحضورِ المتعاقِدَيْنِ؛ لأنَّ حضورَهما أو حضورَ نائِبَيْهما شرْطُ الفَسْخِ، فإنْ سقطَتِ الدارُ كلُّها؛ فله أنْ يخْرُجَ، شاهِدًا كانَ صاحبُ الدارِ أو غائبًا.

وتَكَلَّمَ أصحابُنا هنا بطريقيْنِ: منهمْ مَنْ قالَ: يَنْفَسِخُ العقدُ بانهدامِ الدارِ ووقوعِها؛ لأنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ ببطلانِ المَنْفَعَةِ المعقودِ عليها وإنْ أمْكَنَ الانتفاعُ مِنْ وَجْهٍ آخرَ؛ لأنَّه جنسٌ آخرُ.

وقدْ قالَ محمدٌ ﵀: استأجرَ رَحَىٰ ماءٍ، فانقطعَ الماءُ بعدَ ستةِ أشهرٍ؛ ينْفَسِخُ العقدُ، فإنْ أمسَكَ حتىٰ مضتِ السَّنَةُ؛ عليه أجْرُ ستةِ أشهرٍ، إلَّا إذا كانَ البيتُ يُنْتَفَعُ بهِ لغيرِ الطحنِ، فعليه مِنَ الأجرِ بحِصَّتِه لبقاءِ جزءٍ مِنَ المعقودِ عليه لهُ حِصَّةٌ بالعقدِ.

ومِنْ أصحابِنا مَنْ قالَ: لَا يُنْفَسِخُ العقدُ بانهدامِ الدارِ، بلْ يَثْبُتُ لهُ حقُّ الفَسْخِ، فإنَّه قالَ في الصُّلْحِ: إذا صالَحَ علىٰ سُكْنَىٰ دارٍ فانهدمَتْ؛ لَمْ ينْفَسِخِ الصُّلْحُ. كذا ذكَرَ شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ ﵀ في **«الكفايةِ»**.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» و«التتمةِ»: «إذا سَقَطَ حائطٌ أو انهدَمَ بيتٌ مِنَ الدارِ المُسْتَأْجرةِ؛ للمُسْتَأْجِرِ أنْ يَفْسَخَ، ولَا يَمْلِكُ الفَسْخَ بغَيْبةِ المالكِ بالإجماعِ؛ لأنَّ هذا رَدٌّ بالعيبِ، وذلكَ لَا يَصْلُحُ إِلَّا بحَضْرةِ المالكِ بالإجماعِ.

قال: وإذا خَرِبَتِ الدَّارُ، أو انْقَطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ، أو انْقَطَعَ الْماءُ عن الرَّحى: انفسخَتِ الْإِجَارَةُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ، وَهُوَ الْمَنَافِعُ الْمَخْصُوصَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَشَابَهَ فَوْتَ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَمَوْتَ الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ.

غاية البيان

إنَّما الخلافُ[1] في الردِّ بخيارِ الشرطِ[2]، وإنِ انهدمَتِ الدارُ كلُّها: فلهُ الفَسْخُ مِنْ غيرِ حَضْرةِ ربِّ الدارِ، لكنِ الْإِجَارَةُ لَا تَنْفَسِخُ ما لَمْ تُفْسَخْ؛ لأنَّ الانتفاعَ بِالعَرْصَةِ مُمْكِنٌ، كما ذكرَ في الصُّلْحِ، إليه ذهبَ خُوَاهَرْ زَادَه.

وفي «إجاراتِ شمسِ الأئمةِ رحمه الله»: إذا انهدمَتِ الدارُ كلُّها؛ فالصحيحُ: أنَّه لَا تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةُ، لكنْ سَقَطَ الأجرُ عنه[3]، فسَخَ أوْ لَمْ يفْسَخْ. في بابِ إجارةِ الدُّورِ والبيوتِ». إلى هنا لفظُ «الفتاوى الصغرى»[4] و«التتمةِ»[5].

وذكرَ في «الفتاوى الصغرى» أيضًا: «إذا استأجرَ أرضًا للزارعةِ، فزرَعَ فاصْطَلَمه آفةٌ؛ يَجِبُ أجْرُ ما مضى، ويسْقُطُ أجْرُ ما بعدَ الاصْطلامِ[6]»[7].

قولُه: (وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ، أَو انْقَطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ، أَو انْقَطَعَ الْمَاءُ عنِ الرَّحَى؛ انْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[8].

وللمشايخِ كلامٌ في انفساخِ الْإِجَارَةِ مَرَّ ذِكْرُه قبلَ هذا، وهذا الذي ذكَرَه هوَ

(١) عن أبي يوسف: يجوز الفسخ وإنْ لَمْ يحضر الآخر. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «كما في الرد بخيار الشرط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) وقع بالأصل: «الأجر عليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٣٦].
(٥) ينظر: «تتمة الفتاوى» للصدر الشهيد [ق/١٠١].
(٦) الاصْطِلَام: افْتِعال من الصَّلْم، وهو القَطْع والاستئصال. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٤٩/٣/ مادة: صلم].
(٧) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/١٣٦].
(٨) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٥].

وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ قَدْ فَاتَتْ عَلَىٰ وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عودُهَا فَأَشْبَه الإِبَاقَ فِي الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله أَنَّ الْآجِرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلْآجِرِ، وَهَذَا تَنْصِيصٌ مِنْهُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخ وَلَكِنَّهُ يُفْسَخُ.

ولو انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَىٰ، وَالْبَيْتُ ممَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ؛ فَعَلَيْهِ مِنَ الأَجْرِ بِحِصَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ.

غاية البيان

اختيارُ القُدُورِيِّ، وإليه ذهَبَ صاحبُ «**التحفةِ**»، وأبو نصْرٍ البَغْدَادِيُّ رحمه الله في «**شرحِه**»، واختيارُ خُوَاهَرْ زَادَه وشمسُ الأئمةِ رحمهم الله بخلافِ ذلك، وقدْ مَرَّ ذلكَ آنفًا، وذلكَ لأنَّ المَنْفَعَةَ المعقودَ عليها قدْ عُدِمَتْ، وفواتُ المعقودِ عليه يُوجِبُ بطلانَ العقدِ، كهلاكِ المَبِيعِ قبْلَ القبضِ، وكمَوْتِ [٦/٣٤٨و/م] العبدِ المُسْتَأْجِرِ.

وضَيْعَةُ الرَّجُلِ: عَقَارُه. كذا في «**الجمهرة**»[(١)]، والجمْعُ: ضِيَاعٌ، منه قولُ بعضِهم[(٢)]:

فَالمَاءُ يُفْنِي مَاءَ وَجْهِ الفَتَىٰ ❊ وَصَاحِبُ الضَّيْعَةِ فِي ضَيْعَهْ

قولُه: (**ولو انْقَطَعَ مَاءُ الرَّحَىٰ، وَالْبَيْتُ ممَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ؛ فَعَلَيْهِ مِنَ الأَجْرِ بِحِصَّتِهِ**)، أوردَ هذهِ [٢/٥٢٢ظ] المسألةَ استشهادًا بها علىٰ أنَّه لَا يَنْفَسِخُ العقدُ بانقطاعِ الماءِ عنِ الرَّحَىٰ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «**شرحِ الكافي**»: «فإنْ انقطعَ الماءُ عنها ـ أي: عنِ الرَّحَىٰ ـ فلَمْ تَعْمَلْ؛ رُفِعَ عنهُ مِنَ الأجرِ بحسابِ ذلكَ؛

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [٢/٩٠٥].

(٢) هو القاضي أبو منصور محمد بن عبد الجبّار السّمعانيّ. كما نسبَه إليه الباخرزيُّ في «دمية القصر وعصرة أهل العصر» [٢/٨٤٨].

. . . .

لأنَّ الأجرَ يَجِبُ في مقابلةِ الانتفاعِ، فأُقِيمَ التمَكُّنُ مِنَ الانتفاعِ مكانَ حقيقتِه[١]، وقدْ فُقِدَ، فلَا يَجِبُ الأجرُ.

ولهُ أنْ يَنْقضَ الْإِجَارَةَ؛ لأنَّه فاتَ المقصودُ منها، وهوَ الانتفاعُ بالمحلِّ، فإنْ لَمْ ينقُضْها حتىٰ عادَ الماءُ لزِمَتْه الْإِجَارَةُ؛ لأنَّ المعنىٰ المُعْجِزَ عنِ الانتفاعِ قدْ زالَ، فلزِمَ العقدُ.

ولَا يُقَالُ: بأنَّه قدْ تفرَّقَتْ عليه الصفقةُ، فيَنْبَغِي أنْ يَتَخَيَّرَ عندَ زوالِ العذرِ كَالْمَبِيعِ إذا هلكَ بعضُه قبلَ القبضِ؛ **لِأَنَّا نَقُولُ**: هذا تفرقٌ بعدَ تمامِ الصفقةِ؛ لأنَّ جَعْلَنَا قبض المحلِّ كقبضِ المَنَافِعِ.

ومتىٰ قبضَ الدارَ، ثُمَّ تعذَّرَ عليه الانتفاعُ؛ كانَ هذا عيبًا حادِثًا بعدَ القبضِ، فلَا يُوجِبُ التخييرَ.

وإنِ اختلفا في مقدارِ الانقطاعِ؛ فالقولُ قولُ المُسْتَأْجرِ؛ لأنَّه يُنْكِرُ تقرُّرَ الأجرِ عليه، فكانَ القولُ قولَه.

ولوْ قَالَ المُؤَاجِرُ: لَمْ يَنْقَطِعِ الماءُ، وقالَ المُسْتَأْجرُ: قدِ انقطعَ. يُحَكَّمُ الحالُ؛ فيَكُونُ انقطاعُه وجَرَيانُه في الحالِ دليلًا علىٰ الماضي؛ لأنَّ الحالَ يَصْلُحُ دليلًا علىٰ الماضي عندَ الاشتباهِ». كذا في «**شرحِ الكافي**».

وقالَ في «الشاملِ» في قِسْمِ «المبسوطِ»: «انقطعَ ماءُ النهرِ: لهُ الفَسْخُ؛ لأنَّ انقطاعَ الماءِ يُفَوِّتُ ما استُؤْجِرَ لأجْلِه الأرضُ.

قلَّ الماءُ في الرَّحَىٰ: إنْ كانَ ضررًا فاحشًا يُنْقَضُ، وإلَّا فلَا.

انكسارُ أحدِ الحجرينِ عذرٌ، فإنْ أصلَحَ ربُّ الرَّحَىٰ قبْلَ الفَسْخِ لَا يُفْسَخُ؛

---

(١) وقع بالأصل، و«م»، و«س»: «مكان حقِّه». والمثبت من: «ن»، و«ج»، و«غ».

وَإِذَا ماتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وقدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ؛ انْفَسَخَتْ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ تَصِيرُ الْمَنْفَعَةُ الْمَمْلُوكَةُ أَوْ الْأُجْرَةِ الْمَمْلُوكَةِ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحِقَّةً بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالْمَوْتِ إِلَى الْوَارِثِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

غاية البيان

لِمَا عُرِفَ». إلى هنا لفظُ «**الشاملِ**».

وفَسَّرَ في «**خلاصةِ الفتاوى**» نقصانَ الماءِ فاحشًا: بأنْ يطْحَنَ أقلَّ مِنْ نصفِ طَحْنِه[1].

ثُمَّ قَالَ في «**الخلاصةِ**»: «قال النَّاطِفِيُّ ﷺ: وإذا طحنَ نصفَ ما كانَ يطْحنُ فلِلْمُسْتأجرِ رَدُّه أيضًا، ولوْ لَمْ يَرُدَّ حتَّى طحنَ: كانَ هذا رضًا منه، وليسَ لهُ أنْ يَرُدَّ في الرَّحَى بعدَ ذلكَ».

ثُمَّ قَالَ في «**الخلاصةِ**»: «وهذه الروايةُ تُخالِفُ روايةَ القُدُورِيِّ.

وذكرَ القُدُورِيُّ ﷺ: أنَّ مَنِ استأجرَ رَحَى ماءٍ سَنَةً، فانقطَعَ الماءُ ستةَ أشهرٍ، فأمسكَ الرَّحَى حتى مضتِ السَّنَةُ؛ فعليه أجْرُ ستةِ أشهرٍ، وإنْ كانَ [٦/٣٤٨ظ/م] البيتُ يُنْتَفَعُ بهِ لغيرِ الطحْنِ؛ فعليه مِنَ الأجرِ بحِصَّتِه. ولوِ استأجرَ عبدًا فمَرِضَ، فهوَ كَالرَّحَى»[1]. كذا في «**الخلاصةِ**». واللهُ أعلمُ.

قولُه: (وَإِذَا ماتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وقدْ عَقَدَ الْإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ؛ انْفَسَخَتْ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «**مختصرِه**»[2].

وعندَ **الشَّافِعِيِّ** ﷺ: لَا يَنْفَسِخُ العقدُ بموتِ أحدِ المتعاقِدَيْنِ كَالبَيْعِ[3]، وذلكَ

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٢٣٥].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٥].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٤٠٠]، و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٢٤٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٥/٣٨٧].

....

لأنَّ المُؤْجِّر إذا ماتَ ينتَقِلُ المِلْكُ منه إلىٰ ورثته، وعقْدُ الْإِجَارَةِ اقتضىٰ اسْتيفاءَ المَنَافِعِ مِنْ مِلْكِ المُؤْجِرِ، لَا مِنْ مِلْكِ غيرِه، فلوْ بقِيَ عقْدُ الْإِجَارَةِ يلْزَمُ اسْتيفاءُ المَنَافِعِ مِن مِلْكِ الغيرِ، وهذا لَا يَجُوزُ.

وإنْ ماتَ المُسْتَأْجِرُ، وهوَ قدْ عقَدَ الْإِجَارَةَ لنفسِه وَكُلُّ ما لهُ مِنَ المالِ انتقَلَ إلىٰ ورثتِه، وعقْدُ الْإِجَارَةِ اقتضىٰ أنْ تُسْتَحَقَّ الأُجرةُ مِنْ مالِ المُسْتَأْجِرِ، لَا مِنْ مالِ غيرِه. فلوْ بقِيَ عَقْدُ الْإِجَارَةِ بعدَ موتِه؛ تكُونُ الأُجرةُ مُسْتحقةً مِنْ مالِ غيرِه، وهذا لَا يَجُوزُ، فتَعَيَّن بطلانُ العقدِ؛ لعدمِ إمكانِ بقائِه.

بخلافِ ما إذا عقَدَ الوَكِيلُ، أوِ الوَصِيُّ، أو مُتَوَلِّي الوقفِ، حيثُ لَا يَبْطُلُ العقدُ؛ لأنَّ المعنىٰ الذي قلْنا في العاقدِ لنفسِه لَا يُوجَدُ في العاقدِ لغيرِه، ولأنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ عقْدٌ يُقْصَدُ بِهِ المَنْفَعَةُ حالَ الحياةِ، فلَا يَبْقَىٰ بعدَ مَوْتِ مَنْ عُقِدَ لهُ كالنِّكَاحِ.

قالُوا: عقْدٌ لازمٌ علىٰ ما يَجْرِي بِهِ الإرثُ، فلَا يَبْطُلُ بالموتِ كَالبَيْعِ.

قلْنا: لَا نُسَلِّمُ جريانَ الإرثِ؛ لأنَّ المَنَافِعَ لَا تنْتَقِلُ عندَنا إلىٰ الوارِثِ بالإرثِ، والمعنىٰ في البَيْعِ لوْ طرأَ التلفُ علىٰ المَبِيعِ بعدَ القبضِ، لَا يَبْطُلُ العقدُ، بخلافِ الْإِجَارَةِ، فظَهَرَ الفرْقُ.

وقالُوا [٢/٥٢٣و]: ما يُمْلَكُ بِالوَصِيَّةِ يُمْلَكُ بالإرْثِ كالأعيانِ.

قلْنا: الوَصِيَّةُ ليسَ مِنْ شَرْطِها التأقيتُ، فيَجُوزُ أنْ تُسْتَوْفَىٰ المَنَافِعُ والعينُ علىٰ مِلْكِ الغيرِ، كَنِكَاحِ الأَمَةِ إذا ماتَ المولىٰ بعدَ النِّكَاحِ، والْإِجَارَةُ مِنْ شَرْطِها التأقيتُ، والأجلُ يبْطُلُ بالموتِ، فكذلكَ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ المَنَافِعِ بحُكْمِ العقدِ الأولِ علىٰ مِلْكِ الثاني.

ونقَلَ في «**خلاصةِ الفتاوىٰ**» عنْ بابِ إجارةِ الظِّئْرِ: أنَّ أحدَ المتعاقِدَيْنِ لوْ

....

جُنَّ جنونًا مُطبقًا؛ لَا تَنفَسِخُ الْإِجَارَة(١).

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «بموتِ الْمُوَكّلِ تنفسِخُ الْإِجَارَةُ، وبموتِ الوَكِيلِ لَا»(٢).

ونَقَلَ في «الأجناسِ» عن إجاراتِ «الأصلِ»(٣): «إذا آجَرَ الأبُ أرضَ ابنِه الصغيرِ أوِ الوَصِيُّ وماتَ؛ لَا تَبْطُلِ الْإِجَارَةُ، وكذلكَ لَا تَبْطُلْ إجارةُ الظِّئْرِ بموتِ والدِ الصبيِّ الذي استأجرَه، وتَبطُلُ بموتِ الصبيِّ والمُسْتَأْجَرَةِ»(٤).

وقالَ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه»: «وإنْ ماتَتِ الظِّئْرُ قبلَ المدَّةِ، أوْ ماتَ الصبيُّ؛ انتقضَتِ الْإِجَارَةُ، وكانَ لها مِنَ الأجرِ بحسبِ ما مضىٰ مِنَ المدةِ قبلَ الموتِ»(٥).

وقالَ في «الأجناسِ» أيضًا: «لوْ آجَرَ الواقفُ ثُمَّ ماتَ قبلَ انقضاءِ المدةِ؛ لَا تَبطُلُ الْإِجَارَةُ»(٦). ولَمْ يَذْكُرْ فيه القياسَ [٣٤٩/٦و/م] والاستحسانَ.

ونَقَلَ في «الخلاصةِ» عن «الذخيرةِ»، ثُمَّ ذكرَ القياسَ والاستحسانَ، فقالَ: «القياسُ: أنْ تَبطُلَ الْإِجَارَةُ، وبه أخذَ أبو بكرٍ الْإِسْكَافِ؛ لأنَّه في معنىٰ المالكِ ليسَ لأحدٍ حجْرُه، وفي الاستحسانِ: لَا تَبطُلُ؛ لأنَّه آجَرَ لغيرِه كَالْوَكِيلِ»(٧).

وقالَ في «الأجناس» أيضًا: «ولوْ ماتَ ربُّ الإبلِ في بعضِ طريقِ المَفازةِ

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٣٥].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٣٨].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤٣/٣ - ٤٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٣٧/٢].

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٠].

(٦) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٣٨/٢].

(٧) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٣٦].

. . . .

قالَ في كتابِ إجاراتِ «**الأصلِ**»[1]: فللمُسْتَأْجِرِ أنْ يَرْكَبَها علىٰ حالِه، وعليه الكِرَاءُ المُسَمَّى إلىٰ أنْ يأتِيَ مكةَ، فيرفَعُ ذلكَ إلىٰ القاضي، فإنْ شاءَ سلَّمَ لهُ الكِرَاءَ إلىٰ الكوفةِ، وإنْ شاءَ فسَخَ الْإِجَارَةَ.

وفي كتابِ «**الشروطِ**» لمحمدِ بْنِ الحسنِ: لوْ ماتَ المُكَارِي في مِصْرٍ مِنَ الأمصارِ: لوْ ركبَ المُسْتَأْجِرُ ضَمِنِ إنْ هلَكَ الإبلُ، إلَّا بإذْنِ القاضي».

قالَ أبو العباسِ النَّاطِفِيُّ ﷺ: «قولُه: «ركبَها المُسْتَأْجِرُ إلىٰ أنْ يأْتِيَ مكةَ»، لا يَرِيدُ بِهِ أنَّه لَمْ تَبْطُلِ الْإِجَارَةُ بموتِ الجَمَّالِ، أَلَا ترىٰ أنَّه قالَ: «ولقاضي مكةَ أنْ يفسخَها»، ولوْ كانَتِ الإِجَارَةُ باقيةً لَمْ يَكُنْ لهُ فَسْخُها كحالِ حياةِ الجَمَّالِ.

وإنَّما أرادَ به: أنَّه إنَّما[2] تَثْبُتُ الْإِجَارَةُ في حقِّ المُسْتَأْجِرِ مِنْ حيثُ الحُكْمُ ابتداءً لضرورةٍ داعيةٍ لحقِّ المُسْتَأْجِرِ، حتىٰ لَا تَلْحَقَ بِهِ الضرورةُ بتضْيِيعِ مالِه، وانقطاعِه في الطريقِ بالمنعِ عنِ الرُّكُوبِ، فكأنَّه آجَرَه الشَّرْعُ ابتداءً، وقدْ يَجْرِي مِنَ الشَّرْعِ الإذنُ في الرُّكُوبِ مَجْرَىٰ الإذنِ مِن حيثُ النُّطْقُ، كأخْذِ اللُّقَطَةِ ورَدِّ الآبِقِ.

وعلىٰ هذا ذكرَ في «نوادرِ ابنِ رسْتُم»: رَجُلٌ أعارَ رَجُلًا زِقًّا، فجعلَ فيه زيتًا، فأخذه في صحراءَ وطالَبه برَدِّ الزِّقِّ إليه؛ فإنه يُتْرَكُ الزِّقُّ بالمستعيرِ بأجْرِ مثلِه إلىٰ أنْ يجِدَ ما يجْعَلُ فيه الزيتَ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ «**الأجناسِ**».

وقالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ في بابِ انتقاضِ الْإِجَارَةِ مِنْ «**شرحِ الكافي**»: «وهذا استحسانٌ؛ لأنَّ الْإِجَارَةَ تَنْتَقِضُ بموتِ أحدِ المتعاقِدَيْنِ؛ لأنَّ الجوازَ للحاجةِ، ولا حاجةَ بعدَ الموتِ، إلَّا أنَّا استَحْسَنَّا وقلْنا بالبقاءِ هاهنا؛ لأنَّ العقدَ

---

(١) ينظر: المصدر السابق [٥٥٢/٣].

(٢) وقع بالأصل: «أنه إذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٣٩/٢].

. . . .

في ابتداءِ العقدِ لأجلِ الحاجةِ، فلَأَنْ يَبْقَى لمكانِ الحاجةِ كانَ أَوْلَى، والحاجةُ متحقِّقةٌ هاهنا؛ لأنَّه لَا يَقْدِرُ علىٰ أنْ يتكارَىٰ دَابَّةً تحملُه في المَفازةِ حتىٰ لوْ كانَ بحيثُ يَجِدُ؛ لَا يَبْقَىٰ العقدُ.

فإذا وَصَلَ إلىٰ مكةَ يَنْبَغِي أنْ يُسَلِّمَ الدَّابَّةَ والأُجرةَ إلىٰ القاضي؛ لأنَّ هذا مالُ الوارثِ وهوَ غائبٌ، والقاضي أحقُّ بحِفْظِ مالِ الغائبِ، فإنْ سَلَّمَ لهُ الكِرَاءَ القاضي إلىٰ الكوفةِ فهوَ جائزٌ؛ لأنَّ للقاضي أنْ يَبْعَثَه إلىٰ الورثةِ علىٰ يدِ أمينٍ، وفي [٣٤٩/٦ظ/م] الْإِجَارَةِ نفْعٌ لهم[١] فيَصحُّ ذلكَ.

وأحبُّ إلَيَّ إنْ كانَ المُسْتَأْجِرُ [٥٢٣/٢ظ] **ثقةً**: أنْ يُنَفِّذَ الكِرَاءَ[٢] إلىٰ الكوفةِ لِمَا فيه مِن إيصالِ الحقِّ إلىٰ المُسْتَحِقِّ، وتَحْصِيلُ النفعِ لهم، فكانَ أَوْلَىٰ، وإن لَمْ يَكُنِ المُسْتَأْجِرُ ثقةً؛ نَفَّذَها علىٰ يَدَيْ ثقةٍ.

فإنْ لم يَجِدْ مَن يعْتَمدُ عليه باعَها وبعَثَ بثمنِها؛ لأنَّه الأحوطُ، وإنْ أنفَقَ علىٰ الإبلِ شيئًا لَمْ يَجُزْ ذلكَ إلَّا أنْ يَكُونَ بأمْرِ القاضي؛ لأنَّه مُتطوِّعٌ، فلَا يَرْجِعُ إلَّا بالأمرِ ممَّنْ لهُ ولايةٌ، فإذا أقامَ البَيِّنَةَ علىٰ الأمرِ والنفقةِ؛ حُسِبَ لهُ ذلكَ مِنَ الكِرَاءِ.

فإنْ رأىٰ القاضي المصلحةَ في فَسْخِ الْإِجَارَة وبَيْعِ الإبلِ، فباعَ وأقامَ المُسْتَأْجِرُ البَيِّنَةَ علىٰ أنَّه أوفاه الكِرَاءَ، رُدَّ عليه بحسابِ ما بقِيَ؛ لأنَّه أثبَتَ حقَّه بالحجَّةِ.

لَا يُقَالُ: إنَّ البَيِّنَةَ إنَّما تُسْمَعُ علىٰ خَصْمٍ، ولا خَصْم هاهنا.

لِأَنَّا نَقُولُ: لَمَّا انتقلَتْ ولايةُ الحفظِ إلىٰ القاضي؛ صارَ خصمًا عنه، فتُسْمَعُ

---

(١) وقع بالأصل: «يقع لهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «الكري». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِخْ مِثْلَ الوَكِيلِ وَالوَصِيِّ وَالمُتَوَلِّي فِي الوَقْفِ لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ المَعْنَىٰ.

قَالَ: وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ.

غاية البيان

بيِّنةً عليه.

أَوْ نَقُولُ: يدُ المُسْتَأْجِرِ ثابتةٌ على المحلِّ، واليدُ دليلُ المِلْكِ، فلوِ ادَّعَىٰ مِلْكًا كانَ القولُ قولَه، فإذا ادَّعَىٰ حقًّا متعلقًا بهذا المِلْكِ؛ كانَ القولُ قولَه؛ لأنَّه لا مُنَازِعَ لهُ ظاهرًا». كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ المَعْنَىٰ)، إشارةٌ إلى قولِه: (لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ الْعَقْدُ تَصِيرِ الْمَنْفَعَةُ الْمَمْلُوكَةُ، أَوِ الأُجْرَةُ الْمَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالْعَقْدِ». وبيانُه مَرَّ قبلَ هذا.

قولُه: (قَالَ: وَيَصِحُّ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْإِجَارَةِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[1].

وعندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: لَا يَجُوزُ شرْطُ الخيارِ في الْإِجَارَةِ[2]. كذا في «شرحِ الكافي» و«المختلفِ»[3] و«الإشاراتِ» وغيرِها.

وعندَنا: يَجُوزُ، ويُعْتَبرُ أولُ المدةِ مِنْ وَقْتِ سقوطِ الخيارِ. كذا في «المختلفِ»[4].

وَجْهُ قولِه: أنَّ ما ثبَتَ بخلافِ القياسِ، فغيْرُه لَا يُقاسُ عليه، وشرْطُ الخيارِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٥].
(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٩٤/٧]. و«نهاية المطلب في دراية المذهب» لأبي المعالي الجويني [٣٢/٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٢٣].
(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦١٧/٣].
(٤) ينظر: المصدر السابق.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا يُمْكِنُهُ رَدَّ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لَوْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤَجِّرِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمَ أَيْضًا عَلَى الْكَمَالِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يَمْنَعُ الْخِيَارَ.

غاية البيان

في البَيْعِ ثبتَ بخلافِ القياسِ، فلَا يُقاسُ عليه عَقْدُ الْإِجَارَةِ، ولأنَّه لَا فائدةَ في شَرْطِ الخيارِ؛ لأنَّه لَا يَخْلُو: إمَّا إنْ كانَ الخيارُ للمُؤَاجِرِ، أو للمُسْتَأْجِرِ:

فإنْ كانَ للمُؤَاجِرِ: فعندَ إسقاطِ الخيارِ لَا يُمْكِنُه تسليمُ المعقودِ عليه بكمالِه، فصارَ كما لوْ تَلِفَ [بعضُ][1] المَبِيعِ في يدِ البَائِعِ إذا باعَ بشَرْطِ الخيارِ.

وإنْ كانَ للمُسْتَأْجِرِ: فلَا يُمْكِنُه تسليمُ المَنْفَعَةِ المعقودِ عليها بكمالِها عندَ الفَسْخِ، وهذا المعنى يَمْنَع الردَّ بالخيارِ، كما لوْ تَلِفَ بعضُ المَبِيعِ في مدةِ الخيارِ.

ولنَا: أنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ نوعُ بَيْعٍ؛ لأنَّه مُعَاوَضَةٌ، فيَثْبُتُ الخيارُ الواردُ بالحديثِ في البَيْعِ في الْإِجَارَةِ؛ لأنَّ الخيارَ ثبتَ في البَيْعِ لدَفْعِ الغَبْنِ، فكما أنَّه يحْتَاجُ إلى دَفْعِ الغَبْنِ في البيعِ، يحْتَاجُ إليه في الْإِجَارَةِ، فيَصِحُّ الخيارُ في الْإِجَارَةِ كما يَصِحُّ في البيعِ؛ لوجودِ الجامعِ، وهوَ دَفْعُ العينِ، ولأنَّه عَقْدُ معاملةٍ لَا يُسْتَحقُّ فيه القبضُ في المجلسِ، فجازَ [٦/٣٥٠و/م] شَرْطُ الخيارِ فيه كَالبَيْعِ، ولا يَلْزَمُ النِّكَاحُ؛ لأنَّه ليسَ بمعاملةٍ، ولأنَّها مدةٌ مُلْحقةٌ بالعقدِ، فصحَّ شَرْطُها في الْإِجَارَةِ كالأجلِ.

والجوابُ عمَّا قَالَ الخَصْمُ فنَقُولُ: الْإِجَارَةُ ليست كَالبَيْعِ؛ لأنَّ البَائِعَ لوْ أرادَ تسليمَ البعضِ دونَ البعضِ؛ لَمْ يَكُنْ لهُ ذلكَ، وكذا المُشْتَرِي إذا أرادَ رَدَّ البعضِ دونَ البعضِ؛ لَمْ يَكُنْ لهُ ذلكَ، فكذا إذا كانَ في البَيْعِ[2] خيارٌ للبَائِعِ أوْ للمُشْتَرِي، فتَلِفَ بعضُ المَبِيعِ في المدَّةِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «علق في البَيْع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

غاية البيان

أَمَّا إذا أرادَ المُؤَاجِرُ تسليمَ بعضِ المَنَافِعِ مِنْ غيرِ خيارٍ جازَ، كما إذا آجَرَ دارَه شهرًا، فمَنَعَه منها في بعضِ المدَّةِ، ثُمَّ سَلَّمَها، فكذا إذا كانَ خيارُ الشرطِ فيه، وكذلكَ يَجُوزُ للمُسْتَأْجِرِ رَدُّ بعضِ المَنْفَعَةِ، كما إذا سكَنَ الدارُ، ثُمَّ رَدَّها بخيارِ العيبِ، فكذا إذا كانَ فيه خيارُ الشرطِ.

وإنَّما كانَ كذلكَ؛ لأنَّ المَبِيعَ يُمْكِنُ للبَائِعِ تسليمُه جملةً، ويُمْكِنُ للمُشْتَرِي أيضًا رَدُّه جملةً، فلأَجْلِ هذا لَمْ يَجُزْ تسليمُ البعضِ دونَ البعضِ، أَوْ رَدُّ البعضِ دونَ البعضِ.

أَمَّا المَنَافِعُ: لَا يُمْكِنُ تسليمُها جملةً؛ لأَنَّها تحْدُثُ شيئًا فشيئًا، فلهذا جازَ تسليمُ البعضِ دونَ البعضِ، ورَدُّ البعضِ دونَ البعضِ.

احتجَّ الخَصْمُ [٢/٥٢٤و]: بأنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ بهِ المَنْفَعَةُ، فلَا يَجُوزُ شَرْطُ الخيارِ فيه كالنِّكَاحِ.

قلْنا: النِّكَاحُ لَا يُرَدُّ بكلِّ عيبٍ، والْإِجَارَةُ بخلافِه، فلَا يُعْتَبَرُ أحدُهما بالآخرِ، والمعنىٰ في النِّكَاحِ أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ لَا يلْحَقُها الفَسْخُ بالإقالةِ بعدَ تمامِه، فلَمْ يَجُزْ فيه شَرْطُ الخيارِ، والْإِجَارَةُ مُعَاوَضَةٌ يلْحَقُها الفَسْخُ بالإقالةِ، وليسَ مِن شَرْطِ صحتِها التقابُضُ.

قالُوا: عَقْدٌ مِنْ شرْطِ صحتِه: أنْ يَكُونَ أحدُ عِوَضَيْه غيرَ مُعَيَّنٍ، فلَا يَجُوزُ شَرْطُ الخيارِ فيه كالسَّلَمِ.

قلْنا: يَنْتَقِضُ ذلكَ بما لوِ اشترىٰ بثمنٍ في الذمةِ؛ لأنَّ أحدَ عِوَضَيْه غيرُ مُعَيَّنٍ، ومع هذا يَجُوزُ شرْطُ الخيارِ، والمعنىٰ في السَّلَمِ: أنَّ مِنْ شَرْطِ صحتِه: القبضُ في المجلسِ، فلذلكَ لم يَصِحَّ الخيارُ؛ لأنَّ الخيارَ يُنَافِي لزومَ القبضِ في المجلسِ،

بخلافِ الفرعِ. كذا في «مختصرِ الأسرارِ».

قالَ الحاكمُ الجليلُ الشهيدُ رحمه الله في «مختصرِ الكافي»: «وإنِ استأجرَها بمئةِ درهمٍ على أنَّه فيه بالخيارِ ثلاثةَ أيامٍ؛ فهذا جائزٌ»[1].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ [الأَسْبِيْجَابيُّ][2] رحمه الله في «شرحِه»: «وهذا عندَنا، وعندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: لَا يَجُوزُ».

ثُمَّ قَالَ شيخُ الإسلامِ رحمه الله فيه: «قالَ بعضُ أصحابِنا: الاختلافُ هاهنا بناءً على الاختلافِ في مسألةٍ أُخرى، وهوَ أنَّ إضافةَ الْإِجَارَةِ إلى زمانٍ في المستقبلِ جائزٌ عندَنا، وعندَه [٦/٣٥٠ظ/م]: لَا، هُوَ يَقُولُ: إذا أضافَ العقدَ إلى زمانٍ في المستقبلِ إنَّما حَكَمْنا بالفسادِ لتخلُّفِ حُكْمِ العقدِ عنه في الحالِ، وهذا المعنى موجودٌ هاهنا؛ لأنَّه لَا يَثْبُتُ الحُكْمُ للحالِ[3]، ولا يُمْكِنُ إثباتُ الحُكْمِ بعدَ انقضاءِ الخيارِ مُسْنداً؛ لأنَّ المَنَافِعَ لَمْ تَبْقَ، فتعذَّرَ التصحيحُ.

وعندَنا: العقدُ يَنْعَقِدُ على المَنَافِعِ على حسبِ حدوثِها، فيقتَضِي ثُبُوتُ المِلْكِ في المَنْفَعَةِ حالَ وجودِها في المستقبلِ، فلَا يقْتَضِي تغييرُ مُوجبِ العقدِ فيَصِحُّ.

ومنهم مَنْ حَكَمَ بالفسادِ عندَه، لَا بناءً على تلكَ المسألةِ، بلْ بناءً على جهالةِ المعقودِ عليه؛ لأنَّه لَا يُعْلَمُ متى يسْقُطُ الخيارُ، والمَنَافِعُ لَا تَصِيرُ مَعْلُومَةً إلَّا بعِلْمِ المدَّةِ، فتمَكَّنَتِ الجهالةُ، ففَسَدَ العقدُ.

وإنَّما نَقُولُ: المدةُ مَعْلُومَةٌ، وهوَ زمانُ تسليمِ الدارِ إليهِ؛ لأنَّه لَا يسْتَحقُّ الأجرَ إلَّا إذا سَلَّمَ، فانتفَتِ الجهالةُ، فلَمْ يَفْسُدِ العقدُ، فإنْ سَكَنَهَا في الثلاثِ لزِمَه الأجرُ؛ لأنَّ السُّكْنَى دلالةُ الرضا بالمعقودِ عليه، وإسقاطُ الخيارِ، فيَلْزَمُ العقدُ».

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣٧].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) وقع بالأصل: «الحال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَنَا: أَنَّه عَقْدُ مُعَامَلَةٍ لَا يُسْتَحَقُّ الْقَبْضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ فَجَازَ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيْهِ كَالبَيْعِ وَالجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الحَاجَةِ.

وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الْإِجَارَةِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ الْعَيْبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخَلَافِ الْبَيْعِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ رَدَّ الْكُلِّ مُمْكِنٌ فِي الْبَيْعِ دُونَ الْإِجَارَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهُ وَلِهَذَا يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْقَبْضِ إِذَا سَلَّمَ الْمُؤَاجِرِ

غاية البيان

وقالَ الحاكمُ في «مختصرِ الكافي» أيضًا: «رَجُلٌ تَكَارَىٰ دارًا سَنَةً علىٰ أَنَّه بالخيارِ ثلاثةَ أيامٍ، فإنْ رَضِيَها أخَذَها بمئةِ درهمٍ، وإنْ لم يَرْضَ أخَذَها بخمسينَ درهمًا، فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وذلكَ؛ لأنَّه ردَّدَ في الأجرِ، والترديدُ يُوجِبُ الجهالةَ، فَفسَدَ العقدُ، وإنْ سَكنهَا فعليه أجرُ مِثْلِها، ولا ضَمَانَ عليه فيما انهدمَ منها؛ لأنَّه سَكَنَها بإذْنِ المالكِ، إلَّا أنَّه لَمْ يَصِحَّ الشرطُ لمكانِ الترْدِيدِ، فوَجَبَ أجرُ المِثْلِ»[1]. كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (وَلَنَا: أَنَّه عَقْدُ مُعَامَلَةٍ)، أرادَ بعَقْد المعاملةِ: المُعَاوَضَةُ التي يلْحَقُها الفَسْخُ بالإقالةِ، واحترزَ بهِ عنِ النِّكاحِ، وقدْ مَرَّ البيانُ.

قولُه: (لَا يُسْتَحَقُّ الْقَبْضُ فِيهِ فِي الْمَجْلِسِ)، احترازٌ عنِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ، فإنَّ قَبْضَ البدلِ شرْطٌ فيهما، فلهذا لَمْ يَجُزِ الخيارُ.

قولُه: (بِخَلَافِ الْبَيْعِ)، مُتعَلِّقٌ بقولِه: (وَفَوَاتُ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ)، يَعْنِي: أنَّ فواتَ بعضِ المعقودِ عليه في البَيْعِ يَمْنَعُ الردَّ دُونَ الْإِجَارَةِ، وقدْ مَرَّ البيانُ.

قولُه: (فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهُ)، أي: يُشْتَرطُ ردُّ الكلِّ في البيعِ دونَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ.

قولُه: (وَلِهَذَا يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجِرُ عَلَى الْقَبْضِ إِذَا سَلَّمَ الْمُؤَاجِرِ ....

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣٧].

بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ.

غاية البيان

بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ الْمُدَّةِ)، أي: مدةِ الْإِجَارَةِ، أي: ولهذا المعنى، وهوَ أنَّ ردَّ الكلِّ مُمْكِنٌ في البَيْعِ دونَ الْإِجَارَةِ، قلْنا: يُجْبَرُ الْمُسْتَأْجر علىٰ قَبْضِ الدارِ إذا سَلَّمَها الْمُؤْجِرُ بعد مُضِيِّ بعضِ المدةِ، خلافًا [٢/٥٢٤ظ] للشَّافِعِيِّ ﷺ؛ لأنَّ تسليمَ جملةِ الْمَنَافِعِ مرةً واحدةً غيرُ مُمْكِنٍ.

قالَ الحاكمُ الشهيدِ ﷺ في «مختصرِه» الْمُسمَّىٰ بـ«الكافي» في بابِ إجارةِ الدورِ والبيوتِ: «وإذا استأجرَ دارًا سَنَةً، فلَمْ يُسَلِّمْها إليه حتىٰ مضىٰ شهرٌ [٦/٣٥١و/م]، وقدْ طلبَ إليه التَّسْلِيمَ أوْ لَمْ يَطْلُبْ، ثُمَّ تحاكَما؛ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أنْ يمْتَنِعَ مِنَ القبضِ في باقي السَّنَةِ، ولا لِلْمُؤَاجِرِ أنْ يمْتَنِعَ مِنَ التَّسْلِيمِ»[١].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابِيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «فرَّقَ بينَ هذا وبينَ البَيْعِ إذا هلَكَ بعْضُه، حيثُ يَتَخَيَّرُ الْمُشْتَرِي في الباقي، والفرقُ: أنَّ المعقودَ عليه واحدٌ، فإذا هلَكَ بعْضُه؛ تعيَّبَ الباقي، أمَّا هاهنا: فالعقدُ متعدِّدٌ؛ لأنَّه يَنْعَقِدُ علىٰ حسبِ حدوثِ الْمَنْفَعَةِ، فانفساخُه فيما مضىٰ لَا يقْتَضِي استحقاقَ الفَسْخِ في المستقبلِ».

ثُمَّ قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ: «ولَمْ يَذْكُرْ حُكْمَ الأرضِ»، يَعْنِي: لَمْ يَذْكُرِ الحاكمُ حُكْمَ الأرضِ.

ثُمَّ قالَ: «وقدْ فَصَلَ الكَرْخِيُّ بينهما ـ أي: بينَ الدارِ والأرضِ ـ فقالَ: يَتَخَيَّرُ في الأرضِ؛ لأنَّها تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ، وقدْ تفُوتُ عليه الزِّرَاعَةُ بفَوَاتِ وَقْتِها، أمَّا الدارُ: فإنها تُسْتَأْجَرُ للسُّكْنَىٰ، ولا تفُوتُ عليه السُّكْنَىٰ في المستقبلِ بفواتِها في الماضي، ولوْ سَلَّمَها إليه إلَّا بيتًا؛ كانَ مشغولًا بمتاعِ الْمُؤَاجِرِ، رُفِعَ عنه مِنَ الأجرِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٢٣٥].

قَالَ: وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ عِنْدَنَا.

غاية البيان

بحسابِ ذلكَ، وكذلكَ لوْ سَلَّمَها إليه ثُمَّ انتزعَ منها بيتًا؛ لأنَّ الأُجرةَ تَجِبُ في مقابلةِ المَنَافِعِ، وقدْ حبَسَ بعضَها، فكانَ لهُ أنْ يحبسَ ما يُقابلُها.

بخلافِ ما إذا انْهدَم بيتٌ منها، حيثُ لَا يسْقُطُ في مقابلتِه شيءٌ مِنَ الثَّمَنِ؛ لأنَّ المَنَافِعَ إنَّما تُضْمَنُ إذا صارَتْ مقصودةً بالإتلافِ، وهاهنا لم تَصِرْ مقصودةً بالإتلافِ، فلَا تُضْمنُ». كذا في «شرحِ الكافي».

قولُه: (قَالَ: وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[١].

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: لَا تُفْسَخُ إلَّا بالعيبِ[٢]. كذا في «شرحِ الأقطعِ ﵀»، يَعْنِي: لَا تُفْسَخُ بالأعذارِ عندَه، وإنَّما تُفْسَخُ بالعيبِ[٣].

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَى ﵀: [تُفْسَخُ بغيرِ عُذْرٍ أيضًا. كذا ذَكَر قاضي خان][٤] في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»[٥]، وهوَ مذهبُ شُرَيْحٍ. كذا في «شرحِ الكافي».

وتمامُ لفظِ القُدُورِيِّ: «كَمَنِ استأجرَ دُكَّانًا في السوقِ ليتَّجِرَ فيه، فذهبَ مالُه، وكَمَنْ آجَر دكانًا أو دارًا، ثُمَّ أفلسَ ولزمَه دُيونٌ ولا يَقْدِرُ على قضائِها إلَّا مِنْ ثمنِ ما آجَرَ، فسَخَ القاضي العقدَ وباعَها في الدَّيْنِ»[٦].

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه»: «قالَ أصحابُنا جميعًا

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٥].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٧/٣٩٣]. و«بحر المذهب» للروياني [٧/١٤٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/٢٣٩].

(٣) ينظر: «الأصل» [٣/٤٢]، «المبسوط» [١٦/٢]، «تحفة الفقهاء» [٢/٣٦٠]، «الاختيار» [٢/٦١].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٩].

(٦) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٥].

وَقَالَ الشَّافِعِي: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ [١٢٣/ظ] عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَعْيَانِ حَتَّىٰ يَجُوزَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ.

غاية البيان

إذا وقَعَ عقْدُ الْإِجَارَةِ صحيحًا، فليسَ لواحدٍ مِنَ المتعاقِدَيْنِ أنْ يفسَخَها قبْلَ مُضِيِّ وقْتِها إلَّا مِنْ عُذْرٍ، والعذرُ أنْ يَحْدُثَ في المُسْتَأْجرِ ما يَمْنَعُ الانتفاعَ بهِ، أوْ يُنْقِصُ الانتفاعَ، فيَكُونُ للمُسْتَأْجِرِ أنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، وكذلكَ إنْ أرادَ المُسْتَأْجرُ أنْ يَنْتَقِلَ عنِ البلدةِ؛ فلَهُ أنْ يَنْقُضَ الْإِجَارَةَ في العقَارِ وغيرِه، ممَّا لَا يُوجِبُ لهُ الْإِجَارَةَ إخراجَه معَهُ.

وكذلكَ إنِ اكترىٰ حانوتًا لعمَلٍ ما، فيدَعُ ذلكَ العملَ، أوِ التِّجارَةَ، ويَنْتَقِلُ علىٰ غيرِه، فلهُ ذلكَ، وكذلكَ إنْ أفلسَ، فإنْ [٣٥١/٦ظ/م] أرادَ أن يَنْتَقِلَ عنهُ ليَعْمَلَ ذلكَ العملَ في غيرِه؛ لَمْ يَكُنْ لهُ ذلكَ، وإنْ وجدَ أرخصَ كِرَاءً منهُ، وأوسعَ عليه، وأرفَق بهِ، وكذلكَ ليسَ للمُؤَاجِر أنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ إذا وجدَ زيادةً علىٰ الأُجرةِ التي آجَرَه بها، وإنْ كانَتْ أضعافًا.

وكذلكَ إنْ كانَ ما استأجرَ لَا يَصِلُ إلىٰ الانتفاعِ بهِ، إلَّا بأنْ يستَهْلكَ مالَه، أو يَدْخُلَه ضررٌ في بدنِه، أو مِلْكِه؛ فلهُ أنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، مِثْلُ: أنْ يَسْتَأْجِرَ رَجُلًا ليَقْصُرَ لهُ ثيابًا، أوْ يقْطَعَها ويَخِيطَها، أو لينقضَ دارًا له، أو يقْطَعَ شجرًا له، أو نخلًا، أو ليُحْدِثَ في مِلْكِه شيئًا مِنْ بناءٍ، أوْ حَفْرٍ [٥٢٥/٢و]، أوْ ليفْصِدَ، أوْ ليحْتَجِمَ، أوْ يقْلَعَ ضِرْسًا لهُ، أو ليَزْرَعَ أرضًا، ثُمَّ يَبْدُو لهُ ألَّا يَفْعَلَ؛ فلهُ في ذلكَ كلِّه: أنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، ولا يُجْبَرُ علىٰ شيءٍ مِنْ ذلكَ؛ لأنَّ فيه استهلاكَ مالٍ، أوْ غُرْمًا، أوْ ضررًا يَدْخُلُ في مالِه عندَ ابتداءِ العملِ.

وكذا إنِ استأجرَ إبلًا إلىٰ مكةَ، ثُمَّ بدا لهُ ألَّا يَخْرُجَ؛ فلهُ ذلكَ، ولَا يُجْبَرُ علىٰ السَّفَرِ؛ لأنَّ فيه مشقةً وضررًا، فأَمَّا المُؤَاجِرُ: فليسَ لهُ أنْ يَفْسَخَ الْإِجَارَةَ، وإنْ

وَلَنَا: أَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ الْعُذْرُ فِي الْإِجَارَةِ كَالْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ فَيُفْسَخُ بِهِ، ....

غاية البيان

له في الخروجِ لَمْ يَكُنْ لهُ ذلكَ؛ لأنَّ هذا ليسَ بعُذْرٍ»[١]. إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ في «مختصرِه».

وَجْهُ قولِ ابنِ أبي ليلى: أنَّ الْإِجَارَةَ جائزةٌ ليسَتْ بلازمةٍ؛ لأنَّها ليسَتْ منعقدةً للحالِ، وإنَّما تَنْعَقِدُ على حسبِ وجودِ المَنَافِعِ، فيَكُونُ لبقائِها حُكْمُ ابتدائِها، وفي الابتداءِ هوَ مُخَيَّرٌ بينَ أنْ يَعْقِدَ وبينَ ألَّا يَعْقِدَ، فكذا في حالةِ البقاءِ.

وَوجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: أنَّ المَنَافِعَ لها حُكْمُ الأعيانِ، ولهذا لوِ استأجرَ المَنَافِعَ ببدلِ دَيْنٍ جازَ، فلوْ لَمْ يَكُنْ لها حُكْمُ الأعيانِ؛ لكانَ الكالِئُ بالكالِئِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ قبْلَ بابِ ضَمَانِ الأجيرِ، فلَمَّا كانَ لها حُكْمُ الأعيانِ؛ كانَتِ الإِجَارَةُ كالبَيْعِ، فلَمْ يَجُزِ الفَسْخُ إلَّا مِنْ عيْبٍ.

ولنا: أنَّ المَنَافِعَ هيَ المعقودُ عليها حقيقةً، وهيَ تُوجَدُ شيئًا فشيئًا، والدارُ أُقِيمَتْ مقامَ المَنَافِعِ تقديرًا تصحيحًا للعقدِ، فيَكُونُ وجودُ العذرِ بمنزلةِ العيبِ المتمكنِ قبلَ القبضِ، على معنى أنَّ في استدامةِ العقدِ ضررًا زائدًا يَلْزَمُه، فله الفَسْخُ؛ لأنَّه لَا ضررَ ولا ضرارَ في الإسلامِ.

وتفسيرُ العذرِ: عجْزُ العاقدِ عنِ المُضِيِّ في مُوجبِ العقدِ، إلَّا بتحَمُّلِ ضررٍ زائدٍ لم يسْتَحِقَّ بالعقدِ، وذلكَ مثلُ ما ذَكَرْنا: أنَّه لوْ أفلسَ وبقَّيْنا الإِجَارَةَ مع ذلكَ؛ يحْبِسُه القاضي لقضاءِ الدَّيْنِ، والحبسُ ضررٌ زائدٌ لَمْ يَلْتَزِمْه بعقْدِ الإِجَارَةِ.

وكذلكَ قَلْعُ السِّنِّ، وقَطْعُ الشجرِ ونحوِ ذلكَ، ولأنَّ الإِجَارَةَ إنَّما جُوِّزَتْ للعُذْرِ، فلَأَنْ يُفْسَخُ بالعُذْرِ أَوْلَى، ولأنَّه إذا ظهَرَ العُذْرُ؛ ظهَرَ أنَّه لَمْ يَبْقَ محتاجًا

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٦].

إِذِ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ الْعَاقِدِ عَنْ الْمُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقّ بِهِ، وَهَذَا هُوَ مَعْنَى الْعُذْرِ عِنْدَنَا وَهُوَ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ حَدَّادًا لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ بِهِ فَسَكَنَ الْوَجَعُ، أَوْ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ تَنْفَسِخُ الْإِجَارَةَ؛ لِأَنَّ فِي الْمُضِيِّ عَلَيْهِ إِلْزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقّ بِالْعَقْدِ.

غاية البيان

إلى البقاءِ، فلَا يَجِبُ الإبقاءُ؛ لأنَّه إنَّما أبقَيْناه للحاجةِ، ولا حاجةَ.

ولا يَرِدُ على ما قلْنا: إذا استأجرَ دُكَّانًا فمَرِضَ مرضًا لَا يَقْدِرُ على المشيِ [٣٥٢/٦و/م] والخروجِ إليه؛ لأنَّ محمدًا رحمه الله نصَّ على أنَّها تُفْسَخُ. كذا في **«مختصرِ الأسرارِ»**.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: يُقَالُ للشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: ما تَقُولُ في رَجُلٍ استأجرَ إنسانًا ليقْطَعَ يدَه لآكِلةٍ وقعَتْ فيها ثُمَّ برأَتْ، أو استأجرَ رَجُلًا ليقْلَعَ سِنَّه لوجَعٍ ثُمَّ زالَ الوجعُ، أو استأجرَ إنسانًا ليتَّخِذَ لهُ وليمةَ [العُرْسِ][1]، فماتَتِ العروسُ[2]، أو اختلعَتْ، أَيُجْبَرُ المُسْتَأْجرُ على قَطْعِ اليدِ، أو قَلْعِ السِّنِّ، أو اتخاذِ الوليمةِ؟! فحينئذٍ يُضطرُ إلى الرجوعِ عنْ قولِه، فيَقُولُ بانتقاضِ الْإِجَارَةِ، كما إذا انتقضَتْ بالهلاكِ[3].

قولُه: (إِذِ الْمَعْنَى يَجْمَعُهُمَا)، أي: المعنى المُوجِبُ لِلْفَسْخِ يجْمَعُ الْإِجَارَةَ

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) **العروس**: نعْتٌ يستوِي فيه الرجل والمرأة ما داما في أعراسهما، يقال: رجلٌ عَرُوس في رجالٍ عُرُس. وامرأة عَرُوس في نساء عرائس. وفي المثل: كادَ العَروسُ يكون أميرًا. كذا في «الصحاح». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م». وينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [٩٤٧/٣/ مادة: عرس].

(٣) ينظر: «المحيط البرهاني» [٤٩٧/٧]، «الاختيار لتعليل المختار» [٦٢/٢]، «العناية شرح الهداية» [١٤٧/٩].

وَكَذَا مَنْ اِسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ، وَكَذَا مَنْ أَجَّرَ دُكَّانًا أَوْ دَارًا ثُمَّ أَفْلَسَ، وَلَزِمَهُ دُيُونٌ لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَائِهَا إِلَّا بِثَمَنِ مَا أَجَّرَ فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدُّيُونِ؛ لِأَنَّ فِي الْجَرْيِ عَلَىٰ مُوجِبِ الْعَقْدِ إِلْزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ وَهُوَ الْحَبْسُ؛ لِمَا أَنَّهُ قَدْ لَا يَصْدُقُ عَلَىٰ عَدَمِ مَالٍ آخَرَ.

ثُمَّ قَوْلُهُ: «فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ». إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّه يَفْتَقِرُ إِلَىٰ قَضَاءِ الْقَاضِي فِي النَّقْضِ، وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذْرِ الدَّيْنِ.

غاية البيان

والبَيْعَ جميعًا، فيُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بالعذرِ، كالعيبِ إذا ظهَرَ في المَبيعِ قبْلَ القبضِ، والمعنىٰ: هوَ العجزُ عنِ المُضِيِّ علىٰ مُوجبِ العقدِ، إلَّا بتحَمُّلِ ضررٍ زائدٍ [لَمْ][1] يُسْتَحقَّ بالعقدِ.

قولُه: (ثُمَّ قَوْلُهُ: «فَسَخَ الْقَاضِي الْعَقْدَ». إشَارَةٌ إلىٰ أنَّه يَفْتَقِرُ إلىٰ قَضَاءِ القَاضِي فِي النَّقْضِ)، أي: قولُ القُدُورِيِّ ﷺ في «المختصرِ»: «فسَخَ القاضي العقدَ وباعَها في الدَّيْنِ»[2]، أشارَ إلىٰ اشتراطِ فَسْخِ القاضي.

اعلمْ: أنَّه إذا كانَ عليه دَيْنٌ فادحٌ[3]، لَا وفاءَ لهُ إلَّا بِبَيْعِ المُسْتَأْجرِ؛ يَكُونُ ذلكَ عذرًا عندَنا، ولكنْ هلْ للمُؤْجِرِ أنْ يفْسَخَ العقدَ بنفسِه ويَبِيعَه، أمْ يحتاجَ إلىٰ حُكْمِ القاضي؟ اختلفَتِ الرواياتُ فيهِ.

قالَ محمدٌ في «الجامعِ الصغيرِ»: «كلُّ عُذْرٍ هوَ عندَه عُذْرٌ؛ فإنَّ الْإِجَارَةَ تَنْتَقِضُ بهِ»[4]. هذا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وهذا يَدُلُّ علىٰ أن فَسْخَ القاضي

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٥].
(٣) وقع بالأصل و«م»، و«غ»: «قادح». والمثبت من: «ن»، و«ج»، و«س».
(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٩].

وَقَالَ فِي: «الجَامعِ الصَّغِيرِ»: وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الْإِجَارَةَ فيه تُنْتَقَضُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ قَضَاءِ الْقَاضِي. وَوَجْهُهُ أَنَّ هذا

غاية البيان

ليسَ بشرطٍ؛ وذلكَ لأنَّ العذرَ [٢/٥٢٥ط] في بابِ الْإِجَارَةِ بمنزلةِ العيبِ الحادثِ قبْلَ القبضِ، والعيبُ قبْلَ القبضِ يُوجِبُ التفرُّدَ بالفسخِ.

وقالَ في «الزياداتِ»: «إذا باعَ الآجِرُ المُسْتَأْجَرَ ليقضِيَ دَيْنَه؛ لَا يَصِحُّ ما لَمْ يَرْفَعْ إلىٰ القاضي، وهذا يَدُلُّ علىٰ أنَّ المُؤْجِرَ لَا يَنْفَرِدُ بالفسخِ، بلْ يفْسَخُه القاضي».

قالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «قال شمسُ الأئمةِ الحَلْوَانِيُّ ﷺ: وروايةُ «الزياداتِ» أصحُّ؛ لأنَّ هذا فصْلٌ مختلفٌ فيهِ، فيتوقَّفُ علىٰ القضاءِ كالرجوعِ في الهِبَةِ»[1].

وقالَ فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرحِ الزياداتِ» في بابِ ما لَا يُصَدَّقُ المُؤَاجِرُ علىٰ نَقْضِ الْإِجَارَةِ: «رَجُلٌ آجَرَ أرضَه عشرَ سنينَ إجارةً صحيحةً وسَلَّمَها، ثُمَّ أرادَ نقْضَها؛ لَمْ يَمْلِكْ إلَّا بعُذْرٍ، والعذرُ أنْ يَلْحَقَهُ دَيْنٌ فادحٌ[2] لَا وفاءَ بهِ عندَه إلَّا بثمنِ الأرضِ علىٰ ما عُرِفَ».

ثُمَّ قالَ: «وقدْ نصَّ هاهنا ـ أي: في «الزياداتِ» ـ: أنَّ النقضَ لَا يَصِحُّ إلَّا مِنَ القاضي، فأمَّا الآجِرُ وحْده فلَا يَمْلِكُه؛ لأنَّ العذرَ لَا يتَّضِحُ إلَّا برأيِ القاضي خصوصًا في المجتهَدَاتِ، ولوْ طلبَ الآجِرُ النقضَ لم يَفْعَلْه القاضي؛ [٦/٣٥٢ م] لأنَّ حقَّهُ ليسَ في النقضِ بلْ حقُّ الغُرماءِ في البَيْعِ، وربما لَا يتفِقُ البَيْعُ، فيَصِيرُ النقضُ مقصودًا، ويَبْطُلُ بهِ حقُّ المُسْتَأْجِرِ.

ولوْ باعَ الأرضَ صحَّ البَيْعُ، لكنْ لَا يُمْكِنُه تسليمُ الأرضِ، ولِلْمُشْتَرِي

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٣٤].

(٢) وقع بالأصل و«م»، و«غ»: «قادح». والمثبت من: «ن»، و«ج»، و«س».

بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْمَبِيعِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فَيَتَفَرَّدُ الْعَاقِدُ بِالْفَسْخِ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِلْزَامِ الْقَاضِي.

غاية البيان

بخيارٍ: فإنْ رفعَ المُشْتَرِي الأمرَ إلىٰ القاضي، وطالَبه بالتَّسْلِيمِ، أوْ بنَقْضٍ، فأثبتَ بائعُ الدَّيْنَ عندَ القاضي؛ فإنَّ القاضيَ يُمْضِي البَيْعَ، فيَتَضَمَّنُ ذلكَ نقْضَ الْإِجَارَةِ، ويأْخُذُ الثَّمَنَ مِنَ المُشْتَرِي، ويُسَلِّمُه إلىٰ الغريمِ».

ثُمَّ قَالَ **فخرُ الإسلامِ** ﷺ: «ولَمْ يذْكُرْ في المُزَارَعَةِ والإجَارَاتِ قضاءَ القاضي». ثُمَّ قَالَ: «**والصحيحُ ما ذكَرَ هاهنا** ـ أي: في «**الزياداتِ**» ـ: فإنْ لَمْ يَكُنْ عليه الدَّيْنُ ظاهرًا، فأقَرَّ الآجِرُ بالدَّيْنِ لرَجُلٍ، وكَذَّبَه المُسْتَأْجِرُ، وصَدَّقَه المُقَرُّ لهُ؛ بِيعَتِ الأرضُ، ونُقِضَتِ الْإِجَارَةُ بِهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وقالَ **أبو يوسفَ ومحمدٌ** ﷺ: لَا تُنْقَضُ؛ لأنَّ هذا الإقرارَ يُضِرُّ المُسْتَأْجرَ».

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الإقرارَ يُلاقِي ذِمَّةَ المُقِرِّ، ولا حقَّ لأحدٍ فيه فيَصِحُّ، ثُمَّ يَتعدَّىٰ، وإذا صحَّ وجَبَ البَيْعُ كما في المسألةِ الأُولَىٰ، وإذا وجَبَ البَيْعُ؛ كانَ علىٰ المُسْتَأْجِرِ في هذا كلِّه الأجرُ المُسمَّىٰ إلىٰ أنْ يُباعَ، ثُمَّ يَقْضِي القاضي بالبيعِ؛ لأنَّ الْإِجَارَةَ لَا تَنْفَسِخُ إلَّا بقضاءِ القاضي، فلَا يسْقُطُ عنه الأجرُ إلَّا حينئذٍ.

وعندَهما: لَمَّا لَمْ يَجُزِ الإقرارُ في حقِّ المُسْتَأْجِرِ؛ وجَبَ إخراجُ المُقَرِّ مِنَ السجنِ؛ لأنَّه ظهَر عَجْزُه، ولا يُمْنَعُ الغريمُ مِن ملازمتِه علىٰ ما عُرِفَ حتىٰ ينتهِيَ عقْدُ الْإِجَارَةِ، ثُمَّ يُعَادُ إلىٰ السجنِ ليَبيعَ الأرضَ. كذا في «**شرحِ الزياداتِ**».

وقالَ في «تتمةِ الفتاوىٰ»(١): «اعلمْ أنَّ الْإِجَارَةَ تَنْفَسِخُ بغيرِ فَسْخِ أحدٍ إذا عُقِدَتْ علىٰ أمْرٍ لَا يُمْكِنُ المُضِيُّ فيه شرعًا، هوَ الصحيحُ، وإنْ ذكَرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه ﷺ لفْظَ الفَسْخِ في بابِ الانتقاضِ، أمَّا في عُذْرٍ يُمْكِنُ المُضِيُّ فيه

---

(١) ينظر: «تتمة الفتاوىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٠٢].

. . . .

شرعًا لكنْ بضررٍ: ذكَرَ في روايةِ الإجَارَاتِ والمُزَارَعَةِ و«**الجامعِ الصغيرِ**»: أنَّه يَنْفَرِدُ صاحبُ العذرِ بالفسخِ، ولا يَفْتَقِرُ إلىٰ القضاءِ.

وذكَرَ في «**الزياداتِ**» في بابٍ عَقِيب بابِ الوَصِيَّةِ بمِثْلِ نصيبِ أحدِ البَنِين إلَّا ثلث ما يَبْقَىٰ، وشرطَ القضاءَ، لكنْ وضَعَ المسألةَ في الدَّيْنِ فقالَ: إذا باعَ المُسْتَأْجِرُ لِيقْضِيَ دَيْنَه؛ لَا يَصِحُّ ما لَمْ يَرْفَعِ الأمرَ إلىٰ القاضي».

وذكَرَ في وسطِ بابِ إجارةِ الدوابِّ: إذا باعَ الآجِرُ المُسْتَأْجرَ مِن عُذْرٍ جازَ البَيْعُ، ثُمَّ اختلفَ المتأخرونَ، منهم مَنْ قالَ: ما ذكرَ في «**الزياداتِ**» محمولٌ علىٰ عُذْرٍ فيه اشتباهٌ، ويَحْتَاجُ إلىٰ المرافعةِ إلىٰ القاضي؛ ليزِيلَ [٥٢٦/٢و] الاشتباهَ بقضائِه، وما ذكرَ في «**الأصلِ**» محمولٌ علىٰ عُذْرٍ واضحٍ لَا اشتباهَ فيهِ.

ومنهم مَنْ قَالَ ـ فيهم شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيّ، وشيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه ـ: في المسائلِ [٣٥٣/٦و/م] أجمع: روايتانِ، وقدْ صحَّحَ شيخُ الإسلامِ: الرواياتِ المُطْلَقَةَ؛ لأنَّه امتناعٌ، وصحَّحَ شمسُ الأئمةِ في مسألةِ الدَّيْنِ: إذا باعَ الآجِرُ المُسْتَأْجرَ بعُذْرِ الدَّيْنِ: روايةَ «**الزياداتِ**»: أنَّه لَا يَنْفَسِخُ، ولا ينفذُ البَيْعُ، إلَّا أنْ يَرْفَعَ إلىٰ القاضي، لكنْ ذكرَ عِلَّةً تُوجِبُ تلكَ العِلَّةُ تصحيحَ رواياتِ «**الزياداتِ**» في عامةِ الفصولِ، فإنه قالَ: لأنَّه فصْلٌ مُجْتَهَدٌ فيه.

وذكرَ **الشيخُ الإمامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ** رحمه الله **فيه**: أنَّ الصحيحَ فيما عدا الدَّيْنِ عامة الرواياتِ، وفي الدَّيْنِ: الجوابُ كما قالَ في «**الزياداتِ**»؛ لأنَّه أمْرٌ فيه خفاءٌ، فيُشْتَرطُ الخفاءُ لتحَقُّقِ العذرِ، كأنَّهُ جعلَ المسألةَ فيما عدا الدَّيْنِ علىٰ الروايَتَيْنِ، ثُمَّ صحَّحَ عامةَ الرواياتِ: أنَّهُ لَا يُشْتَرطُ القضاءُ، وجعلَ فصْلَ الدَّيْنِ مجمعًا عليه، أو جعلَ المسائلَ كلَّها علىٰ رُوَايتَيْنِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْقَضَاءِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ كَالدَّيْنِ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَضَاءِ لِظُهُورِ الْعُذْرِ.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَدَا لَهُ مِنَ السَّفَرِ؛ فَهُوَ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَضَى عَلَى مُوجِبِ الْعَقْدِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ لِلْحَجِّ فَذَهَبَ وَقْتُهُ أَوْ فِي طَلَبِ غَرِيمِهِ فَحَضَرَ أَوْ لِلتِّجَارَةِ فَافْتَقَرَ.

غاية البيان

وأخذَ فيما عدا الدَّيْنِ بعامَّةِ الرواياتِ، وفي الدَّيْنِ: بروايةِ «الزياداتِ»، والصدرُ الشهيدُ كانَ يُفْتِي بعامَّةِ الرواياتِ فيما عدا الدَّيْنِ، وفي الدَّيْنِ: بروايةِ «الزياداتِ»، ومِن مشايخِ زمانِنا ﷺ مَنْ كانَ يُفْتِي في الفصولِ كلِّها بعامَّةِ الرواياتِ»[1]. إلىٰ هنا لفظ «تتمةِ الفتاوىٰ».

قولُه: (وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ الْعُذْرُ ظَاهِرًا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ الْقَضَاءِ)، أي: وفَّقَ بينَ رُوَايتَي: «الجامعِ الصغيرِ» و«الزياداتِ»، وحملَ روايةَ «الجامعِ الصغيرِ» علىٰ ما إذا كانَ العذرُ ظاهرًا، وروايةَ «الزياداتِ» علىٰ ما إذا لَمْ يَكُنِ العذرُ ظاهرًا. وإليه مالَ الصدرُ الشهيدُ، والعَتَّابِيُّ، وفخرُ الدينِ قاضي خان ﷺ في شروحِهم لـ«الجامعِ الصغيرِ»[2].

والعذرُ الظاهرُ كما إذا استأجرَ رَجُلًا لقَطْعِ يدِه لآكِلةٍ وقعَتْ فيها فبرأتْ، أو استأجرَه لقَلْعِ السِّنِّ عنْ وجعٍ، ثُمَّ سكَنَ الوجعُ، أو استأجرَه لطَبْخِ طعامِ الوليمةِ فماتَتِ المرأةُ، أو اختلعَتْ، أو استأجرَه ليخْتِنَ ولدَه، فماتَ الولدُ ونحو ذلك، وإذا لَمْ يَكُنِ العذرُ ظاهرًا كالدَّيْنِ؛ لأنَّه يحْتَملُ أنْ يَكُونَ قادرًا علىٰ الإيفاءِ مِن مالٍ آخرَ، فلَا بُدَّ مِنَ القضاءِ ليَزُولَ الاشتباهُ ويتحَقَّقَ العذرُ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَدَا لَهُ مِنَ السَّفَرِ؛ فَهُوَ عُذْرٌ)،

(١) ينظر: «تتمة الفتاوىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٠٢].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٨]، وللصدر الشهيد [ص٥١٢].

وَإِنْ بَدَا لِلْمكاري فَلَيس بِعُذرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يقْعُدَ وَيَبْعَثَ الدَّوَابَّ علىٰ يَدِ تِلْمِيذِهِ أَوْ أَجِيرِه.

غاية البيان

وهذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصرِه» ، وتمامُه فيه: «وإنْ بدا للمُكارِي ؛ فليس بعذرٍ»[١].

وقالَ في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أَبي حَنِيفَةَ رحمهم الله: في الرَّجُلِ يَكْتَرِي مِنَ الرَّجُلِ إبلًا إلىٰ مكةَ ، فأرادَ الذي اكترىٰ أنْ يَقْعُدَ ، قالَ: هذا عُذْرٌ ، وإنْ أرادَ الجَمَّالُ ذلكَ ، قالَ: فليسَ هذا بعذرٍ»[٢]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وجملةُ هذا: ما ذكرَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيجابِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي» للحاكمِ الشهيدِ رحمه الله قالَ: «وإنِ استأجرَ دَابَّةً إلىٰ بغدادَ وهي بعَيْنِها ، ثُمَّ [٦/٣٥٣ظ/م] بدا للمُسْتَأْجرِ أنْ يقْعُدَ ؛ فلَا يخرجُ ، فهذا عُذْرٌ ؛ لأنَّه قدْ تَتَعَلَّقُ مصلحتُه بِالسَّفَرِ في زمانٍ دونَ زمانٍ ، فإذا وقَعَ الاستغناءُ عنه ؛ اندفعتِ الحاجةُ بدونِه ، فيَكُونُ عذرًا.

وكذلكَ لوْ أرادَ الخروجَ في طلبِ غريمٍ لهُ ، أوْ عبْدٍ آبقٍ ، فرجَع - يَعْنِي: الغريمَ والعبدَ - ؛ لأنَّ الحاجةَ قدِ اندفعَتْ ، وكذا لوْ مَرِضَ ، أو لزمَه غريمٌ ، أو خافَ أمرًا ، أوْ نفقَتِ الدَّابَّةُ ، أو أصابَها شيءٌ لَا يَسْتَطِيعُ الرُّكُوبَ معه ؛ كانَ هذا عذرًا ؛ لأنَّه يتَعَذَّرُ عليه الانتفاعُ بالمحلِّ المُسْتَأْجرِ.

فإنْ لَمْ يَكُنِ الأمرُ علىٰ شيءٍ ممَّا ذكرْتُ لكَ ، وأرادَ ربُّ الدَّابَّةِ أنْ يَنْقضَ الْإِجَارَةَ ؛ فليسَ لهُ ذلكَ ؛ لأنَّه لَا عذر ، وإن عرضَ لربِّ الدَّابَّةِ مرضٌ لَا يَسْتَطِيعُ الشخوصَ فيه [٢/٥٢٦ظ] مع دابَّتِه ؛ لَمْ يَكُنْ لربِّ الدَّابَّةِ أنْ يَنْقضَ الْإِجَارَةَ ، ولكنَّه

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٥].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٠].

ولوْ مَرِضَ الْمُؤَاجِرُ فقَعَدَ، فكَذَا الْجَوَابُ علَىٰ رِوَايَةِ: «الْأَصْلِ». وَرَوَىٰ الْكَرْخِيُّ رحمه الله أَنَّهُ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ ضَرَرٍ فَيَدْفَعُ [١٢٤/و] عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ دُونَ الِاخْتِيَارِ.

غاية البيان

يُؤْمَرُ أنْ يُرسِلَ معه رسولًا يتبعُ الدَّابَّةَ.

وكذا لوْ أخَذَه غريمُه؛ لأنَّ الانتفاعَ يَقَعُ بالدَّابَّةِ، ولا مانعَ في حقِّها، وإقامةُ غيرِه مقامَ نفسِه مُمْكِنٌ، فانتفى الضررُ، فبَقِيَ العقدُ على ما كانَ، وإنْ عَطِبَتْ كانَ هذا عذرًا؛ لأنَّه يُعْجِزُه عنِ الانتفاعِ بها، وهذا إذا استأجرَ دَابَّةً بعَيْنِها.

فأَمَّا إذا كانَتْ بغيرِ عَيْنِها؛ لَمْ يَكُنْ هذا عذرًا؛ لأنَّ العجزَ عنْ تسليمِ دَابَّةٍ بعَيْنِها لَا يَكُونُ عجزًا عنْ تسليمِ دَابَّةٍ مُطْلَقةٍ، فيُؤْمَرُ أنْ يأتِيَه بدابَّةٍ يحْمِلُ عليها؛ لأنَّه التزَمَ العملَ».

وقولُه: (بَدَا لَهُ)، يُقَالُ: بدا لي في هذا الأمرِ بَدَاءً، أي: تغَيَّرَ رأيي عما كانَ عليه. وفلانٌ ذو بَدَاوتٍ؛ إذا بدا لهُ الرأيُ بعد الرأيِ. كذا في «المجملِ»[1].

وقالَ ابنُ دُرَيْدٍ: «بدا لي الشيءُ بَدْوًا وبُدُوًّا؛ إذا ظهَرَ، وبدا لي في الأمرِ - إذا أضْرَبْتَ عنه - بَدْوًا وبَدَاءً». كذا في «الجمهرةِ»[2].

ومنه قولُ الحَرِيرِيِّ في المقامةِ التاسعةِ والأربعينَ: «فإنَّ للتأخيرِ آفاتٍ، وللعَزائِمِ بدَوَاتٍ»[3].

قولُه: (ولوْ مَرِضَ الْمُؤَاجِرُ فقَعَدَ، فَكَذَا الْجَوَابُ عَلَىٰ رِوَايَةِ «الْأَصْلِ»)، يَعْنِي: لوْ مَرِضَ ربُّ الدَّابَّةِ لَا يَكُونُ ذلكَ عذرًا على روايةِ «المبسوطِ»، وذلكَ لِمَا

(١) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/١١٩].
(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٣٠٣/١].
(٣) ينظر: «مقامات الحريري» [ص/٥٤٢].

وَمَنْ آجَرَ عَبْدًا ثُمَّ بَاعَهُ؛ فليسَ بِعُذْرٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَىٰ مُوجِبِ عقْدٍ، إِنَّمَا يَفُوتُهُ الاسْتِرْبَاحُ وَأَنَّهُ أَمْرٌ زَائِدٌ.

غاية البيان

قلْنا: إنَّه يُمْكِنُه أنْ يَبْعَثَ رسولًا يتبعُ الدَّابَّةَ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: (رَوَىٰ الْكَرْخِيُّ ﵀: أَنَّه عُذْرٌ؛ لأنَّه لَا يَعْرَىٰ عَنْ ضَرَرٍ)، وهوَ ما رَوَىٰ الكَرْخِيُّ في «مختصرِه» بقولِه: «وقالَ أبو يوسفَ ﵁: إنْ مَرِضَ المُؤَاجِرُ أوْ أصابَ إبلَه داءٌ؛ فلهُ أنْ يَفْسَخَ إذا كانَتْ بعَيْنِها»[1].

وقالَ في «خلاصةِ الفتاوىٰ»: «لوْ قالَ المُسْتَأْجِرُ: أَنَا أريدُ السَّفَرَ. وقالَ الآجِرُ: إنَّه يتعلَّلُ ولا يُرِيدُ الخروجَ؛ حَلَّفَ القاضي المُسْتَأْجرَ باللهِ تعالىٰ إنَّكَ عزَمْتَ على السَّفَرِ، وفسَخَ العقدَ بينهما، وإليه مال الكَرْخِيُّ والقُدُورِيُّ ﵄، فلوْ خرَجَ المُسْتَأْجِرُ بعْدَ الفَسْخِ إلىٰ السَّفَرِ، ثُمَّ رجَعَ وقالَ: بدا لي في ذلكَ، وقالَ خصْمُه: إنَّه كاذبٌ، يُحَلَّفُ باللهِ تعالىٰ: إنَّكَ قاصدٌ في خروجِكَ إلىٰ السَّفَرِ»[2].

قولُه: (وَمَنْ آجَرَ عَبْدًا ثُمَّ بَاعَهُ؛ فليسَ بِعُذْرٍ) [٦/٣٠٤و/م]، وهذهِ منْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبِي حَنِيفَةَ ﵁: في الرَّجُلِ يُؤَاجِرُ عبْدَه ثُمَّ يَبِيعُه، قالَ: هذا ليسَ بعذرٍ»[3]. هذا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ لأنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لازمٌ بمنزلةِ بَيْعِ العينِ، لَا يُنْقَضُ إلَّا بما يُنْقَضُ البَيْعُ بمِثْلِه، وإنَّما يُنْقَضُ البَيْعُ بعَيْبٍ يحْدُثُ قبلَ القبضِ، والْإِجَارَةُ عندَنا تُنْقَضُ بالعذرِ؛ لأنَّه بمنزلةِ العيبِ الحادثِ قبلَ القبضِ، ولَمْ يُوجَدِ العذرُ هنا، وإنَّما هوَ مجردُ شهوةٍ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٧٦].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٢٣٤].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٨].

. . . .

فلوْ نقضَ عَقْدَ الْإِجَارَةِ بمجردِ إرادةِ البَيْعِ مِنْ غيرِ أنْ يلْحقَه ديْنٌ فادحٌ[1] لا يُمكنُه أداؤه إلَّا مِنْ ثمنِ العينِ المُسْتَأْجرةِ، لَمْ تسْلَمِ الْإِجارةُ عنِ النقْضِ أبدًا، ولَبطَلَتْ حوائجُ الناسِ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في بابِ انتقاضِ الْإِجارةِ مِنْ «شرحِ الكافي»: «فإنْ أرادَ صاحبُه أنْ يَبِيعَه؛ لَمْ يَكُنْ لهُ ذلكَ، وإنْ باعَه لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّه تعَلَّقَ بهِ حقُّ المُسْتَأْجرِ، وهوَ حقُّ الانتفاعِ، فلوْ نفَّذْنَا البَيْعَ أبطَلْنا حقَّ المُسْتَأْجرِ، وذلكَ ممَّا لَا يجوزُ، فإنْ كانَ عليه دَيْنٌ فحُبِسَ فيه فباعَه، فهذا عُذْرٌ، وبيعُه جائزٌ؛ لأنَّه لَا يَتخَلَّصُ عنْ عُهدةِ الدَّيْنِ إلَّا ببَيْعِه». إلىٰ هنا لفظُ «شرحِ الكافي».

وقالَ في «مختصرِ الطَّحَاوِيِّ ﷺ»: «ومَنْ آجَرَ دارَه ثُمَّ باعَها قبْلَ انقضاءِ المدَّةِ فيها، فإنّ أبا حَنِيفَةَ ومحمدًا ﷺ قالا: للمُسْتَأْجرِ مَنْعُ المُشْتَرِي منها، ونَقْضُ البَيْعِ عليه فيها، فإنْ نقَضَه كانَ مُنْتقضًا، ولم يَعُدْ [٢/٥٢٧و] بعدَ ذلكَ، وإنْ لَمْ ينْقُضْهُ حتىٰ فرغَتِ الدارُ مِنَ الإجَارَةِ؛ تَمَّ ذلكَ البَيْعُ فيها، وهوَ قولُ أبي يوسفَ القديمُ ﷺ.

ورَوَىٰ عنه أصحابُ «الإملاءِ» أنَّه قالَ: لَا سبيلَ للمُسْتَأْجرِ إلىٰ نَقْضِ البَيْعِ فيها، والْإِجَارَةُ فيها كالعيبِ فيها، فإنْ كانَ المُشْتَرِي عالمًا بهِ؛ فقد بَرِئَ البَائِعُ منه، وللمُشْتَرِي قبْضُ الدارِ بعدَ انقضاءِ الْإِجَارَةِ فيها، وإنْ لَمْ يَكُنْ عَلِمَ بذلكَ؛ كانَ بالخيارِ: إنْ شاءَ نقَضَ البَيْعَ فيها للعيبِ الذي وجَدَه بها، وإنْ شاءَ أمضَاهُ.

والذي يرويه محمدٌ ﷺ مِنْ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: إنَّه ليسَ للمُسْتَأْجرِ نقْضُ البَيْعِ، ولكنَّه إنْ أجازَ البَيْعَ كانَ في ذلكَ إبطالٌ ما بقِيَ مِن إجارتِه، والقولُ الأولُ إنَّما رواه مِنْ قولِ أبي حَنِيفَةَ غيرُه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ ﷺ في «مختصرِه».

---

(١) وقع بالأصل و«ن»، و«غ»: «قادح». والمثبت من: «ج»، و«س». وفي «م»: «دَيْن حادث».

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٣٠ - ١٣١].

. . . .

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله **في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»**(١): «مَن آجَرَ دارَه ثُمَّ باعَها قبلَ انقضاءِ مدَّةِ الْإِجَارَةِ؛ فإنَّ البَيْعَ جائزٌ فيما بينَ البَائِعِ والمُشْتَرِي، حتىٰ إنَّ المدة لوِ انقضَتْ؛ كانَ البَيْعُ لازمًا للمُشْتَرِي، وليسَ لهُ أنْ يمْتَنِعَ عنِ الأخذِ إلَّا إذا طالبَ المُشْتَرِي البَائِعَ بالتَّسْلِيمِ قبْلَ انقضاءِ مدَّةِ الْإِجَارَةِ، فلَمْ يُمَكِّنْه مِنْ ذلكَ، وفسَخَ القاضي العقدَ فيما بينهما؛ فإنه لَا يَعُودُ جائزًا بمُضِيِّ المدةِ.

ولَوْ أنَّ [٦/٣٥٤ظ/م] المُسْتَأْجِرَ أجازَ البَيْعَ جازَ، وبطلَتِ الْإِجَارَةُ فيما بقِيَ منَ المدَّةِ، ولوْ فسَخَ فإنَّه لَا يَنْفَسِخُ البَيْعُ بينهما، حتىٰ أنَّ المدَّةَ إذا انقضَتْ كانَ للمُشْتَرِي أنْ يأخُذَه، هذا في **ظاهرِ الروايةِ**.

ورَوَىٰ الطَّحَاوِيُّ(٢) عنْ أبي حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله: أن المُسْتَأْجِرَ لهُ أنْ يَنْقضَ البَيْعَ، فإذا نقَضَ البَيْعَ؛ فإنَّه لَا يَعُودُ، وَرُوِيَ عنْ أبي يوسفَ رحمه الله أنَّه قالَ: ليسَ للمُسْتَأْجِرِ نقْضُ البَيْعِ والْإِجَارَة فيها كالعيبِ.

فإنْ كانَ المُشْتَرِي عالمًا وَقْتَ الشراءِ بِالْإِجَارَةِ؛ فليسَ لهُ أن يُطالبَ البَائِعَ بتسليمِ الدارِ إلىٰ أنْ يمْضِيَ وَقْتُ الْإِجَارَةِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ عالمًا وَقْتَ الشراءِ؛ فهوَ بالخيارِ: إنْ شاءَ نقَضَه بالعيبِ، وإنْ شاءَ أمضاهُ.

وكذلكَ هذا الحُكْمُ في الإقرارِ إذا أقَرَّ بدارِه لرَجُلٍ بعدما آجَرَها، فإنَّ إقرارَه يَصِحُّ في حقِّ نفسِه، ولا يَصِحُّ في حقِّ المُسْتَأْجِرِ، فإذا مضَتِ المدَّةُ فحينئذٍ يُقْضَىٰ بالدارِ لِلمُقَرِّ لهُ.

ولوْ آجَرَ دارَه مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ آجَرَها مِنْ آخرَ، فإنَّ عَقْدَ الثاني يَكُونُ موقوفًا علىٰ

(١) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٢٨٨].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

. . . .

إجارةِ المُسْتَأْجِرِ الأولِ، فإنْ أبطلَه بَطَلَ، بخلافِ البَيْعِ، فإنَّ هناكَ إذا أبطلَه لَا يَبْطُلُ.

والفرقُ بينهما: أنَّ عَقْدَ الْإِجَارَةِ إنَّما يَقَعُ على المَنْفَعَةِ، والمَنْفَعَةُ مملوكةٌ لمُسْتَأْجِرِ الأولِ، فإنْ أجازَ مالِكُها جازَ، وإنْ أَبْطَلَ بَطَلَ.

وأمَّا البَيْعُ: فإنَّما يَقَعُ على العينِ، والعينُ مملوكةٌ للمُؤَاجِرِ إلَّا أنَّ للغيرِ فيه حقًّا، فإذا زالَ حقُّ الغيرِ نفَذ البَيْعُ.

ولوْ أجازَ المُسْتَأْجِرُ الأولُ الْإِجَارَةَ الثانيةَ: صحَّتِ الْإِجَارَةُ الثانيةُ، والأُجرةُ للمُسْتَأْجِرِ الأولِ لَا تَكُونُ لصاحبِ الدارِ، بخلافِ البَيْعِ؛ لأنَّ هناكَ الثَّمَنَ لصاحبِ المِلْكِ.

والفرقُ ما ذَكَرْنا: أنَّ المَنْفَعَةَ مملوكةٌ للمُسْتَأْجِرِ، والأُجرةُ بدلُه، فتَكُونُ له، بخلافِ البَيْعِ، فإنَّ العينَ مملوكةٌ للمُؤَاجِرِ، والثَّمَنُ بدلُ العينِ، فيَكُونُ بدلُه له، وبالإجازةِ لَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ المُسْتَأْجِرِ الأوَّلِ ما لَمْ تمْضِ مدةُ الثاني، فإذا مضَتْ فحينئذٍ تَنْقَضِي المُدَّتان جميعًا إنْ كانَتْ مدتُهما واحدةً، وإنْ كانَتْ مدةُ الثاني أقلَّ مِنْ مدةِ الأولِ؛ فللأولِ أنْ يسْكُنَ الدارَ حتى تَتِمَّ المدةُ.

وكذلكَ لوْ رهَنَها المُؤَاجِرُ قبلَ انقضاءِ مدَّةِ الْإِجَارَةِ؛ فالعقدُ جائزٌ فيما بينَه وبين المُرْتَهِنِ، ولكنْ للمُسْتَأْجِرِ أنْ يحبسَ إلى أنْ تنْقَضِيَ مُدَّتُه، ولوْ رهَنَ دارَه مِنْ رجُلٍ وقبَضَها المُرْتَهِنُ، ثُمَّ باعَها الرَّاهِنُ مِنْ آخرَ؛ فالبيعُ جائزٌ بينَ البَائِعِ والمُشْتَرِي، وفي حقِّ المُرْتَهِنِ لَا يَجُوزُ.

وله أنْ يحْبِسَها حتى يَسْتَوْفِيَ مالَه، فإذا افتكَّها الرَّاهِنُ سَلَّمَ الدارَ إلى [٢/٥٢٧ظ] المُشْتَرِي، كما ذكَرْنا في الْإِجَارَةِ إلَّا أنَّ هاهنا: إذا أجازَ المُرْتَهِنُ البَيْعَ جازَ، وتُسَلَّمُ

وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخَيَّاطُ غُلَامًا، فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ الْعَمَلَ؛ فَهُوَ الْعُذْرُ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَىٰ مُوجِبِ الْعَقْدِ لِفَوَاتِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ رَأْسُ مَالِهِ، وَتَأْوِيلُ الْمَسْأَلَةِ خَيَّاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرٍ فَرَأْسُ مَالِهِ الْخَيْطُ وَالْمَخِيطُ وَالْمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِفْلَاسُ فِيهِ.

الدارُ إلى الْمُشْتَرِي، والثَّمَنُ يَكُونُ رهنًا مكانَ الدارِ؛ لأنَّ لهُ حقَّ الحبْسِ للعينِ ما دامَ العينُ قائمةً، فكذلكَ يَثْبُتُ في بدلِه»[1]. كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ ﷺ».

[٦/٣٥٥و/م] قولُه: (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخَيَّاطُ غُلَامًا، فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ الْعَمَلَ؛ فَهُوَ عُذْرٌ)، وهذهِ منْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الخَيَّاطِ يَسْتَأْجِرُ الغلامَ ليخِيطَ معهُ، فأفلسَ الخَيَّاطُ وترَكَ العملَ، قالَ: هذا عُذْرٌ، وإنْ أرادَ أنْ يدعَ الخِيَاطَةَ ويعْمَلَ في الصَّرْفِ؛ فليسَ هذا بعذرٍ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ أنَّه لَمَّا أفلسَ الخَيَّاطُ؛ فقدْ عجزَ عنِ المُضِيِّ علىٰ مُوجبِ العقدِ، أعني: أنَّه عجزَ عنِ استعمالِ الغلامِ معهُ في الخِيَاطَةِ؛ لأنَّ تجارَتَه تَنْقَطِعُ عندَ الإفلاسِ، فيَلْزَمُه في بقاءِ العقدِ ضررٌ زائدٌ لَمْ يسْتَحِقَّ بالعقدِ، فصارَ إفلاسُه عذرًا في فسْخِ إجارةِ الغلامِ، أَلَا ترىٰ أنَّه لوِ استأجرَ حانوتًا ليَتَّجِرَ فيه، ثُمَّ أفلسَ كانَ ذلكَ عُذرًا، وله أنْ ينْقُضَ الْإِجَارَةَ، فكذلكَ هاهنا.

وأوردَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ هنا في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ» سؤالًا وجوابًا فقالَ: فإنْ قِيلَ: كيفَ يُفْلِسُ الخَيَّاطُ، وربَّما كانَ عملُه بالإبرةِ، ويُمْكِنُه أنْ يَشْتَرِيَ إبرةً بحبَّةٍ؟!

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٢٨٨].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٨].

وَإِذَا أَرَادَ تَرْكَ الْخِيَاطَةِ، وَأَنْ يَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْعُدَ الْغُلَامُ لِلْخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اِسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ فَأَرَادَ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَشْتَغِلُ بِعَمَلٍ آخَرَ حَيْثُ جَعَلَهُ عُذْرًا ذَكَرَهُ فِي الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يُمْكِنُهُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْعَمَلَيْنِ، أَمَّا هُنَا الْعَامِلُ شَخْصَانِ فَأَمْكَنَهُمَا الْعَمَلَ.

غاية البيان

قِيلَ لَهُ: رُبَّما يَكُونُ الخَيَّاطُ يعْمَلُ لنفسِه، فيشتَرِي الكَرَابِيسَ ويَخِيطُ، ثُمَّ يَبِيعُ، فأفلَسَ عنْ ذلكَ، وربَّما عَمِلَ للناسِ فاستقبَلَه عُذْرٌ عجزَ عنْ قبولِ العملِ، فإذا استقبلَه العذرُ بوجْهٍ مِنَ الوجوهِ؛ فلَهُ أنْ يَنْقضَ الْإِجَارَةَ.

وكذا إذا مَرِضَ الخَيَّاطُ، فقامَ عنِ السوقِ؛ يَكُونُ ذلكَ عذرًا في فَسْخِ استئجارِ الغلامِ. كذا ذكَرَ قاضي خان في شرْحِه لـ«**الجامعِ الصغيرِ**»[1].

وقالَ العَتَّابِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**» في تأويلِ المسألةِ: «يُرِيدُ بهِ: خيَّاطًا يَخِيطُ ثيابَ نفسِه ليَبِيعَها، أوْ خيَّاطًا ظهَرَ خيانتُه عندَ الناسِ، فلَا يُعْطِيه أحدًا ثوبًا يَخِيطُه؛ لأنَّه يَلْزَمُه بالمُضِيِّ[2] في مُوجبِ العقدِ ضررٌ لَمْ يَلْتَزِمْه بالعقدِ.

وأمَّا إذا أرادَ أنْ يَتْرُكَ الخِياطَةَ ويشْتَغلَ بعملِ الصَّرْفِ؛ فليسَ ذلكَ بعُذْرٍ في الفسْخِ؛ لأنَّه ليسَ بعاجزٍ؛ لأنَّه يُمْكِنُه أنْ يَسْتَعْمِلَ الغلامَ في ناحيةٍ مِنَ الحانوتِ، وهوَ بنفسِه يشتَغِلُ بالصَّرْفِ في ناحيةٍ أُخرىٰ، فلَا يَكُونُ ذلكَ في معنىٰ العيبِ.

ولوْ وجَبَ النقضُ بمِثْلِ ذلكَ لَمَا سَلِمَ عَقْدٌ أبدًا، بخلافِ ما إذا استأجرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ، أو لعملٍ آخرَ غيرِها، ثُمَّ أرادَ أنْ يَتْرُكَ ذلكَ، كانَ ذلكَ عذرًا، وقدْ مَرَّ ذلكَ عندَ قولِه: (**وَتُفْسَخُ الْإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ**)، وذلكَ لأنَّ الجمعَ بينَ العملَيْنِ لعاملٍ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢١٧].

(٢) وقع بالأصل: «بالمعنى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا لِيَخْدُمَهُ فِي الْمِصْرِ، ثُمَّ سَافَرَ؛ فهو عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ إِلْزَامِ ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي الْمَنْعِ مِنَ السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ عُذْرًا، وَكَذَا إِذَا أَطْلَقَ لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ

غاية البيان

واحدٍ مُتعذِّرٌ، فكانَ عذرًا، وهنا العاملُ اثنانِ، فأمْكَنَ الجمعُ بينَ العملَيْنِ.

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا لِيَخْدُمَهُ فِي الْمِصْرِ، ثُمَّ سَافَرَ؛ فهو عُذْرٌ).

وصورةُ المسألةِ في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في رَجُلٍ استأجرَ غلامًا ليَخْدُمَهُ في المِصْرِ، ثُمَّ أرادَ أنْ يسافرَ، قالَ: هذا عُذْرٌ»[١]. وقدْ مَرَّ نحوُ هذا في أوَّلِ بابِ إجارةِ العبدِ.

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀ [٦/٣٥٥ظ/م] في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وهذهِ مِنَ الخواصِّ؛ وهذا لأنَّه ليسَ لهُ أنْ يذهبَ بالعبدِ إلى السَّفرِ؛ لأنَّ خدمةَ السَّفرِ أَشَقُّ مِنْ خَدْمةِ الحَضَرِ، فلوْ مُنِعَ مِنَ السَّفرِ؛ يَلْزَمُهُ ضررٌ زائدٌ لَمْ يُسْتَحقَّ بالعقدِ، فكانَ عذرًا»[٢].

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وكذا إذا استأجرَه ليَخْدُمَه مطلقًا؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ أنْ يسافرَ بهِ، وإنْ كانَ العقدُ مطلقًا؛ لأنَّ خدمةَ السَّفَرِ أشقُّ مِنْ خدمةِ الحَضَرِ، فلَا يُسْتَحقُّ بمُطْلَقِ العقدِ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا أَطْلَقَ)، [أي: أطلَقَ العقدَ][٣] في استئجارِ الغلامِ للخدمةِ، ولَمْ يُقَيِّدْ بخدمتِه في المِصْرِ، ثُمَّ أرادَ المُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ لزيادةٍ؛ يَكُونُ ذلكَ عذرًا في فَسْخِ الْإِجَارَةِ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُه أنْ يذهبَ بهِ إلى السَّفَرِ؛ [لزيادةِ خدمةٍ][٤] [٢/٥٢٨و]

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٣٩].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٥].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بالحضرِ، بخلافِ مَا إِذَا أَجَّرَ الْعَقَّارَ ثُمَّ سَافَرَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ إِذْ الْمُسْتَأْجِرُ يُمْكِنُهُ اسْتِيفاء الْمَنفعَةِ بَعْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَرَادَ الْمُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ لِمَا فِيهِ مِنْ الْمَنعِ مِنَ السَّفَرِ أَوْ إِلْزَامِ الْأَجْرِ بِدُونِ السُّكْنَي وَذَلِكَ ضَرَرٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

السَّفَرِ. فيتقَيَّدُ بخدمةِ الحَضَرِ بدلالةِ العادةِ.

فإذا أرادَ المُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ؛ كانَ عذرًا في الفَسْخِ؛ لأنَّه عاجزٌ عنِ المُضِيِّ على مُوجبِ العقدِ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُه أنْ يستَصْحبَ الغلامَ، فلوْ مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ لأجْلِ الغلامِ؛ يَلْزَمُهُ ضررٌ زائدٌ لَمْ يستَحقَّ بالعقدِ، فكانَ عذرًا.

مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا، أَوْ اسْتَعَارَهَا، فَأَحْرَقَ الْحَصَائِدَ، فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرْضٍ أُخْرَىٰ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هَذَا التَّسْبِيبِ فَأَشْبَه حَافِرَ الْبِئْرِ فِي دَارِ نَفْسِهِ ....

غاية البيان

قولُه: (مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)، أي: نُثِرَتْ عنْ أماكنِها، وذُكِرَتْ هنا تلافِيًا لِمَا فاتَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا، أَوْ اسْتَعَارَهَا، فَأَحْرَقَ الْحَصَائِدَ، فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ فِي أَرْضٍ أُخْرَىٰ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ).

وصورتُها في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ يَسْتَعِيرُ أرضًا، فحرَق الحصائدَ فيها، فاحترقَتْ أرضٌ لقومٍ آخرينَ، أو استأجَرَها، ففعلَ ذلكَ، فاحترقَ شيءٌ في أرضٍ لقومٍ آخرينَ، قالَ: لَا ضَمَانَ عليه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وهيَ منَ الخواصِّ.

ومعنىٰ احتراقِ الأرضِ: احتراقُ ما فيها، وإنَّما لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ؛ لأنَّ هذا تَسْبِيبٌ ليسَ بمباشرةٍ، والضَّمَانُ في التسْبِيبِ لَا يَجِبُ بدونِ التعدِّي، ولَمْ يُوجَدِ التعدِّي، فلَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

وإنَّما قلْنا: إنَّه لَمْ يُوجَدِ التعدِّي؛ لأنَّه تصرَّفَ في مِلْكِ نفسِه، وهذا لأنَّه استأجَرَ الأرضَ واستعارَها لينتَفِعَ بها، والانتفاعُ بها لَا يتَهَيَّأُ بدونِه، فصارَ كَمَنْ حَفَر بئرًا في مِلْكِ نفسِه، فوقَع فيها إنسانٌ [فماتَ][2]، فإنَّه لَا يَضْمَنُ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ.

وأصْلُه: أنَّ المباشرةَ عِلَّةٌ لَا يَبْطُلُ حُكْمُها بعُذْرٍ، ولهذا لوْ رمىٰ سهمًا في مِلْكِ نفسِه، فأصابَ إنسانًا، أو مالًا؛ ضَمِنَ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٤٩، ٤٥٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

والتسبيبُ ليسَ بعلَّةٍ، فلَا بُدَّ مِنْ صفةِ العدوانِ ليصيرَ عِلَّةً، وإحراقُ الحصائدِ ليسَ بتَعَدٍّ، فلَا يَصْلُحُ عِلَّةً لضمانِ التعدِّي، كحَفْرِ البئرِ في دارِه حتىٰ لوْ كانَ متعدِّيًا ضَمِنَ، كما إذا سقىٰ سقْيًا لَا تُطِيقُ مِثْلُ هذه الأرضِ، فتعدَّىٰ إلىٰ أرضِ جارِه؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه فيما فعلَ ليسَ بمُنْتفعٍ، بلْ هوَ مُتَعَدٍّ. كذا قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان ﷺ في شرحِه لـ«**الجامعِ الصغيرِ**»(١).

ونَقَلَ صاحبُ «**الأجناسِ**» في كتابِ الغصبِ عن دياتِ «**الأصلِ**»(٢): «لوْ وضعَ جَمْرًا في الطريقِ، فحَرَّكَتْه الريحُ، فذهبَتْ بهِ مِنْ ذلكَ الموضعِ، فأحرَقَ شيئًا؛ لَمْ يَضْمَنْ مِنْ قِبَلِ أنَّه قدْ تغَيَّرَ عنْ حالِه التي وُضِعَ [٦/٣٥٦و/م] عليها، وكذلكَ إذا وَضَعَ حجرًا»(٣).

وقالَ الصدرُ الشهيدُ في بابِ الدِّيَاتِ والجِنَايَاتِ بعلَامةِ الواوِ(٤) مِنَ «**الواقعاتِ**»: «رَجُلٌ أحرقَ شَوْكًا أوْ نَبْتًا في أرْضِه، فذهبَ الريحُ بالشَرَاراتِ إلىٰ أرضِ جارِه فأحرَقَ زَرْعَه: إنْ كانَتِ النارُ تتَّقِدُ مِنْ أرضِ الجارِ علىٰ وَجْهٍ لَا يَصِلُ إليه شرَرُ النارِ في العادةِ؛ فلَا ضَمَانَ عليه؛ لأنَّ ذلكَ حَصَلَ بفِعْلِ النارِ، وإنه جُبَارٌ.

ولوْ كانَ بقُرْبٍ مِنْ أرضِه، أوْ علىٰ وَجْهٍ يَصِلُ إليه شرَرُ النارِ غالبًا، فإنَّه يضْمَنُ؛ لأنَّ لهُ أن يُوقِدَ النارَ في أرْضِه، ولكنْ علىٰ وَجْهٍ لَا يتعدَّىٰ ضررُه إلىٰ أرضِ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٠].
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢٦/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٤٨٩/١، ٤٩٠].
(٤) يعْنِي بـ: «عَلَامة الواو»: ما رمَزَ به حُسامُ الدِّين المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «الواقعات» للناطِفِيّ. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

. . . .

جارِه، وهذا كما إذا سقَىٰ أرْضَ نفسِه، فتعدَّىٰ إلىٰ أرضِ جارِه.

وكذلكَ لوْ أَنَّ رَجُلًا اتخذَ في دارِه هدَفًا يرْمِي إليه، فجاوَزَ السهمُ دارَه، وسارَ إلىٰ دارِ جارِه فقَتَلَ رَجُلًا، أوْ أفسدَ مالًا؛ فهوَ ضامنٌ قِيمَةَ المالِ، وديةُ المقتولِ علىٰ عاقلتِه.

وكذلكَ الحَدَّادُ لوْ أخرجَ الحديدةَ مِنَ الكُورَةِ[١]، وذلكَ في حانوتِه، ووَضَعَه علىٰ العَلَاة[٢]، وضرَبَه بمِطْرَقَةٍ[٣]، فخرجَ شررُها إلىٰ طريقِ العامةِ، فأحرَقَ رَجُلًا. أوْ فقَأَ عَيْنَه، فَدِيتُه علىٰ عاقلتِه، ولوْ أحرقَ ثوبَ إنسانٍ؛ فقيمتُه علىٰ الحَدَّادِ في مالِه، ولوْ لَمْ يَضْرِبْهُ بالمِطْرَقَةِ حينَ وضَعهُ علىٰ العَلَاةِ فأخرَجَ الريحُ شررَه، فأصابَ ما أصابَ، فهوَ هَدَرٌ». كذا في «الواقعاتِ».

وقالَ في كتابِ الشُّرْبِ في «الشاملِ»: «سقَىٰ أرضَه، فسالَ مِن مائِه في أرضِ رَجُلٍ فغَرَّقَها، أوْ نَزَّتْ، لَا ضَمانَ عليه؛ لأنَّه غيرُ متعدٍّ في التسْبِيبِ [٢/٥٢٨ظ]. وكذلكَ إذا أحرقَ كَلأً، أوْ حصائدَ في أرْضِه، فذهبَ النارُ فأحرقَ شيئًا لغيرِه، لم يَضْمَنْ، لَا جرَمَ إنْ كانَ يومَ ريحٍ، فَعُلِمَ: أنَّه يَذْهَبُ منها. قيلَ: يَضْمَنُ». إلىٰ هنا لفظُ «الشاملِ». واللهُ أعلمُ.

والحصائدُ: جمْعُ حَصِيدةٍ، وهيَ ما يُحْصَدُ مِنَ الزرعِ والنبْتِ.

---

(١) الكُورة: مِجْمَرَة الحدَّاد المَبْنِيَّة مِن الطِّين التي تُوقَد فيها النار. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١٤/٧٤/ مادة: كور].

(٢) العَلاةُ: السَّنْدَان حَجَرًا كان أو حَدِيدًا، والجَمْعُ: العَلا. والسَّنْدَانُ: ما يَطْرُقُ الحدَّادُ عليه الحديد. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٣٩/٨٧/ مادة: علو].

(٣) المِطْرَقَةُ ـ بكسْر الميم ـ: ما يطْرَقُ به الحديد. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٣٧١/ مادة: طرق].

وَقِيل: هَذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيَاحُ هَادِئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَتْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مُوقِدَ النَّارِ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَسْتَقِرُّ فِي أَرْضِهِ.

غاية البيان

قولُه: (وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيَاحُ هَادِئَةً)، أي: قالَ المشايخُ: [هذا الذي قالَه محمدٌ][1] في «الجامعِ الصغيرِ» مِنْ عدمِ الضَّمَانِ بإحراقِ الحصائدِ إذا احترقَ شيءٌ مِنْ أرضٍ أُخرىٰ: فيما إذا كانَتِ الريحُ ساكنةً وَقْتَ إحراقِ الحصائدِ، أَمَّا إذا كَانَتْ تهبُّ حينئذٍ يَضْمَنُ؛ لأنَّه تَعدٍّ منْهُ؛ لأنَّه أحرقَها مع عِلْمِه أنَّ النارَ لَا تَسْتَقِرُّ في مكانِها مع هبوبِ الريحِ.

وقولُه: (هَادِئَةً)، يُرْوَىٰ بالنونِ والهمزِ جميعًا، أي: ساكنةً، هَدَنَ وهَدَأَ أخوانِ بمعنىٰ: سكَنَ، يُقَالُ: هَدَنَ يَهْدِنُ هُدُونًا ومَهْدَنَةً، ومنه قيلَ لسكونِ ما بينَ المتعادِيَيْنِ بالصُّلحِ والموادَعة: هُدْنَةٌ. كذا في «الفائقِ»[2]، ومنهُ حديثُ النبيِّ ﷺ: «هُدْنَةٌ عَلَىٰ دَخَنٍ»[3]، أي: علىٰ فسادٍ.

وقد طَنَّ علىٰ أُذُني في بعض مُطالعاتي قولُ بعضِهم[4]:

لَيْتَ السِّبَاعَ لَنَا كَانَتْ مُجَاوِرَةً ❊ وأَنَّنَا لَا نَرَىٰ فِيمَنْ نَرَىٰ أَحَدَا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٤/٩٥].

(٣) أخرجه: أبو داود في كتاب الفتن والملاحم/ باب ذكر الفتن ودلائلها [رقم/٤٢٤٤]، والنسائي في «السنن الكبرى» في/ [رقم/٨٠٣٢]، وأحمد في «المسند» [٥/٣٨٦]، وابن حبان في «صحيحه» [رقم/٥٩٦٣]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٤/٤٧٩]، من حديث حُذَيْفَة بْن الْيَمَانِ ﷺ به.
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد».

(٤) هو ابْنُ هَرْمة الشاعر، والبيتان في: «ديوانه» [ص/٩٧].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن هَدَنَ وهَدَأَ أخوانِ بمعنًىٰ واحد، وقولُ ابْن هَرْمة «لتَهدَا» و«بِهادِ»: أَرَادَ «لَتَهْدَأُ» و«بِهَادِئ»، فأبدلَ الْهمزَة إبدالًا صَحِيحًا، وذلك أنه جعَلَهَا يَاءً. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١/٥٠٣/ مادة: هدأ].

قَالَ: وَإِذَا أَقْعَدَ الْخَيَّاطُ أَوِ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عليْهِ الْعمل بِالنِّصْفِ؛ فهوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةُ الْوُجُوهِ فِي الْحَقِيقَةِ، ....

غاية البيان

إِنَّ السِّبَاعَ لَتَهْدَا فِي فَرَائِسِهَا ❊ والنَّاسُ لَيسَ بِهَادٍ شَرُّهُمْ أَبدَا

[٦/٣٥٦ظ/م] قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَقْعَدَ الْخَيَّاطُ أَوِ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ بِالنِّصْفِ؛ فهوَ جَائِزٌ)، أي: قَالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في صائغٍ أوْ خيَّاطٍ أجلسَ في دُكَّانِه صائغًا أوْ خيَّاطًا يطْرَحُ عليه العملَ بالنصفِ، قالَ: جائزٌ»(١). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ لأنَّ هذه شركةُ التقبُّلِ، وهيَ جائزةٌ عندَنا على ما مَرَّ في «كتابِ الشَّرِكَةِ»، وليسَتْ بإجارةٍ.

قَالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ ﵀: «وتفسيرُ المسألةِ عندَ بعضِ مشايخِنا ﵏: أنَّ صاحبَ الدُّكَّانِ رَجُلٌ معروفٌ لهُ جاهٌ عندَ الناسِ، ولكنَّه غيرُ حاذِقٍ، فأقعدَ معه في دُكَّانِه رَجُلًا غيرَ معروفٍ، ولكنَّه حاذِقٌ، فجعلَ يطْرَحُ عليه العملَ الذي يَأْخُذُ مِنَ الناسِ بالنصفِ.

وَوجْهٌ آخرُ: أنْ يَكُونَ صاحبُ الدُّكَّانِ حاذقًا، لكنَّه غيرُ معروفٍ، لَا يُؤْتمنُ ولا يُقْصَدُ، فأقعدَ على دُكَّانِه رَجُلًا معروفًا غيرَ حاذِقٍ؛ ليطْرَحَ هذا الذي قعدَ على صاحبِ الدُّكَّان بالنصفِ، قالَ: والأوَّلُ أشبَهُ.

وذكرَ في «كتابِ الشَّرِكَةِ»: أنَّه في القياسِ باطلٌ؛ لأنَّه استأجرَه ليتَقبَّلَ الأعمالَ بنصفِ ما يخْرُجُ مِنْ عملِ العاملِ على التفسيرِ الثاني، وعلى التفسيرِ الأوَّلِ: آجَرَ الدُّكَّانَ مِنَ العاملِ بما قلْنا، وذلكَ مجهولٌ.

وَوجْهُ الاستحسانِ: أنَّ هذه عبارةٌ عنْ شركةِ التقبُّلِ والتضَمُّنِ، وذلكَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٠].

فَهذا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهَذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ فَيَنْتَظِمُ بِذَلِكَ الْمَصْلَحَةُ فَلَا يَضُرُّهُ الْجَهَالَةُ فِيمَا يَحْصُلُ.

وَمَنِ [١٢٤/و] اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمِلًا وَرَاكِبَيْنِ إِلَى مَكَّةَ؛ جَازَ، وَلَهُ الْمَحْمِلُ الْمُعْتَادُ وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ

صحيحٌ، فكذا هذا؛ لأنَّ تفسيرَ شركةِ التقبُّلِ: أنْ يَكُونَ ضَمَانُ العملِ عليهما، وإنْ كانَ أحدُهما يتولَّى القبولَ مِنَ الناسِ لجاهِه، والآخرُ يتولَّى العملَ لحذَاقَتِه، فإنَّ الشرطَ عليهما، وليسَ مِنْ ضرورةِ صحَّةِ الضَّمَانِ الحذَاقةُ، فإذا وَجَدْنا سبيلًا إلى الحُكْمِ بجوازِهِ ـ وهو مُعتادٌ متعارَفٌ محتاجٌ إليه ـ وجَبَ القولُ بصحتِه»[1]. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ ﵀.

وقالَ **الفقيهُ أبو الليثِ** ﵀ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «وكان القياسُ: ألَّا يجوزَ؛ لأنَّه استأجَرَه بأجْرٍ مجهولٍ، وهوَ نصفُ ما يتقبَّلُ، وإذا استأجَرَه بأجْرٍ مجهولٍ؛ لَمْ تَجُزِ الْإِجَارَةُ.

وأمَّا وَجْهُ الاستحسانِ: فهوَ أنَّ العادةَ قدْ جرَتْ فيما بينَ الناسِ بذلكَ فيَجُوزُ؛ لأنَّ عملَ المسلمينَ مِنْ أقوىٰ الحُجَجِ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ قالَ: «**مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا؛ فهوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ**»[2].

[٢/٥٢٩و] **قولُه**: (فَهَذَا بِوَجَاهَتِهِ)، إشارةٌ إلى الخَيَّاطِ أوِ الصَّبَّاغِ.

قولُه: (وهذَا بِحَذَاقَتِهِ)، إشارةٌ إلى (مَنْ) في قولِه: (**مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ الْعَمَلَ**).

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمِلًا وَرَاكِبَيْنِ إِلَى مَكَّةَ؛ جَازَ، وَلَهُ الْمَحْمِلُ الْمُعْتَادُ)، هذا لفظُ **القُدُورِيِّ** في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «فإنْ شاهَدَ الجَمَّالُ

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٢٧].

(٢) مضى تخريجه.

يُفْضِي ذَلِكَ إِلَى الْمُنَازَعَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الرَّاكِبُ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْمُحَمَّلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِنَ الْجَهَالَةِ يَرْتَفِعُ بِالصَّرْفِ إِلَى الْمُتَعَارَفِ فَلَا

غاية البيان

الْمَحْمِلَ فهو أجوزُ»[١]، أي: أقربُ إلى الجوازِ، أو أكثرُ جوازًا [٣٥٧/٦و/م]؛ لأنَّه حينئذٍ [تُرْفَعُ][٢] الجهالةُ، فيَجُوزُ قياسًا واستحسانًا، بخلافِ ما إذا لَمْ يُشاهدِ الْمَحْمِلَ، فإنه يَجُوزُ استحسانًا لَا قياسًا، وفي بعضِ النُّسَخِ: «فهو أجْوَدُ»[٣]، مِنَ الجَوْدةِ.

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لَا يَجُوزُ حتى يُشاهدَ الْمَحْمِلَ، ويُسَمِّيَ ما يُغَطِّي[٤]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[٥]، وذلكَ لأنَّ المقصودَ مِنْ كِرَاءِ الجَمَلِ: رُكُوبُ الراكبِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٢ ـ ١٠٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «ترتفع».

(٣) وهذا لَفْظ المطبوع مِن: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٠٣]، وهو الثابت في عدة نُسَخ خَطِّية أيضًا، منها: [ق٤٥/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]. وفي [ق٣٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)]. و[ق ٥٤/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)].
وعليه شَرَحَ جماعةٌ مِن الأئمة. منهم: خُوَاهَرْ زَادَه في «شرح مختصر القُدُورِيّ» [ق ٨٥/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وبهاءُ الدِّين الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرْح مختصر القُدُورِيّ» [ق ١٧٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. والزاهِدِيُّ في: «المجْتَبَىٰ في شرْح القُدوريّ» [ق ٣٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)] والحدَّادِيّ في: «الجوهرة النيرة/ شرْح القُدُورِيّ» [٢٦٦/١]. والميدانيّ في: «اللباب في شرْح الكتاب» [٩٥/٢]، و«خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُورِيّ» لحسام الدين الرازي [٤٣٨/١]. وغيرهم.
ووقع في بعضِ النُّسَخ: [ق٧٩/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]: «فهو احق».
واللفظ الأول: «فهو أجْوَز»: هو الثابت في: «شرح مختصر القُدُورِيّ» لأبي نَصْر الأَقْطَع [١/ق١٧٣/أ/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)].

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤١١/٧]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٥٨/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٠١/٥]،

(٥) ينظر: «شرح مختصر القُدُورِيّ» لأبي نَصْر الأَقْطَع [١/ق١٧٣/أ/ مخطوط مكتبة مكة المكرمة/ رقم الحفظ: (٥٧)].

يُفضِي ذَلِكَ إِلَىٰ الْمُنَازَعَةِ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرَ الْوِطَاءَ وَالدُّثُرَ.

غاية البيان

والْمَحْمِلُ ليسَ بمقصودٍ، وإنَّما يُرَادُ بهِ تسهيلُ الرُّكُوبِ والتَرفُّهِ، فلَا تَتَوقَّفُ صحةُ العقدِ علىٰ مشاهدتِه، كَسَرْجِ الدَّابَّةِ، وإكافِها، والظِّلالِ.

ولَا يُقَالُ: الْمَحْمِلُ قد يَخْتَلِفُ اختلافًا فاحشًا في الثِّقَلِ والخِفَّةِ، فيَلْزَمُ مِنْ ذلكَ اختلافُ المَنْفَعَةِ المعقودِ عليها، فيمْنَعُ صحةَ العقدِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: يَبْطُلُ ذلكَ بِالسَّرْجِ والإكافِ والظِّلالِ، ولأنَّ مُطْلَقَ العقدِ يَنْصَرِفُ إلىٰ المعتادِ، فيَكُونُ المرادُ مِنَ المَحْمِلِ: ما هوَ المعتادُ في كلِّ بلدةٍ لَا غيرَ، حتىٰ إذا أَتَىٰ بما يُخالِفُ العادةَ؛ لَا يَكُونُ ذلكَ مُسْتحقًّا بالعقدِ.

والْمَحْمِلُ ـ بفتْح الميمِ الأولِ، وكَسْر الثاني، أوْ علىٰ العكسِ ـ: الهودَجُ الكبيرُ الحَجَّاجِيُّ. كذا في «المغربِ»(١).

قولُه: (وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرَ الْوِطَاءَ وَالدُّثُرَ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ رحمه الله.

يَعْنِي: يَجُوزُ العقدُ استحسانًا إذا لَمْ يرَ الجَمَّالُ الوِطَاءَ والدُّثُرَ.

والوِطَاءُ: ما توطَّأْتَ بهِ.

والدُّثُرُ: جَمْعُ الدِّثَارِ، وهوَ كلُّ ما تَدَثَّرَ بهِ الإنسانُ فوقَ الشِّعَارِ. كذا في «مجملِ اللغةِ»(٢).

قالَ في «الشاملِ» في قسمِ «المبسوطِ»: «استأجرَ بعيريْنِ إلىٰ مكَّةَ، يحْمِلُ علىٰ أحدِهما مَحْمِلًا فيه رَجُلانِ، وما لهما مِنَ الوِطَاءِ والدُّثُرِ، فرآهما ولَمْ يرَ الوِطَاءَ، وعلىٰ الآخرِ زَامِلَةٌ(٣) عليه كذا مختومًا مِنَ السَّوِيقِ، وما يكفي مِنَ الماءِ،

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٢٢٦].
(٢) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٣٤٦].
(٣) يقال: زَمَلْتُ الشَّيْءَ؛ إذا حَمَلْتُهُ، ومنه قيل للبعير: زَامِلَةٌ؛ لأنه يَحْمِلُ متاع المسافر. وقد تقدم التعريف بذلك

قَالَ: وَإِنَّ شَاهَدَ الْجَمَّالُ الْحِمْلَ فَهُوَ أَجْوَبُ[١]؛ لِأَنَّهُ أُنْفَى لِلْجَهَالَةِ وَأَقْرَبُ إِلَى تَحَقُّقِ الرِّضَا.

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ، فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ؛ جازَ أَنْ يَزِيدَ عِوَضَ مَا أَكَلَ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلاً مُسَمًّى فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ

غاية البيان

ولم يُبيِّنْ قَدْرَهُ، وما يَصْلُحُ مِنَ الخَلِّ والزيتِ والمَعالِيقِ[٢]، ولم يُبيِّنْ وَزْنَه، أوْ شرطَ أنْ يحمِلَ مِنْ مكَّةَ مِنْ هَدايا مكَّةَ ما يحمِلُ الناسُ؛ فهوَ فاسدٌ قياسًا لجهالةِ الحَمْلِ؛ وجازَ استحسانًا؛ لأنَّ التعاملَ جرَىٰ بهِ، ويحمِلُ قِرْبتَيْنِ مِنْ ماءٍ وإداوتَيْنِ مِنْ أعظمِ ما يكونُ». كذا في «الشاملِ».

قولُه: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ، فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ؛ جازَ أَنْ يَزِيدَ عِوَضَ مَا أَكَلَ)، كذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصرِه»[٣].

وقالَ بعضُ أصحاب الشَّافِعِيِّ رضي الله عنهم: لَا يَسْتبدلُ[٤]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[٥]، وذلكَ لأنَّه استُحِقَّ عليه حَمْلُ قَدْرٍ معلومٍ مِنَ الزادِ، فإذا انتقصَ؛ كانَ لهُ ردُّ بدلِه، كالمتاعِ إذا سُرِقَ، والماءُ إذا شُرِبَ.

قولُه: (وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ)، يَعْنِي: إذا شرطَ أنْ يحمِلَ قدْرًا معلومًا مِنَ المكيلِ أوِ الموزونِ في غيرِ الزادِ، فانتقصَ ذلكَ؛ فله أنْ يزيدَ عِوَضَ ذلكَ.

قولُه: (وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ ....

(١) في حاشية الأصل: «خ: أجوز».
(٢) المعلاقُ: ما يُعلَّق عليه اللحم وغيره، ويقال أيضًا لِمَا يُعَلَّق على الزاملة من القِرْبة. والمِطْهرةُ والقُمْقمُ معاليق أيضًا.
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٠٣].
(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٤١٧/٧].
(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٨] مخطوط مكتبة فيض الله.

الْبَعْضِ(١) كَرَدِّ الْمَاءِ فَلَا مَانِعَ مِنْ الْعَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

الْبَعْضِ كَرَدِّ الْمَاءِ)، **هذا جوابُ سُؤالٍ قيلَ مِن** [٣٥٧/٦ظ/م] **جهةِ الخصم بأنْ يُقالَ:** مُطْلَقُ العقدِ يُحْمَلُ على العُرْفِ كنَقْدِ البلدِ، والعادةُ أنَّهم يأكُلُونَ ولا يَرُدُّونَ بدلَه، ويَشْرَبُونَ الماءَ ويَرُدُّونَ بدلَه، فيُحْمَلُ العقدُ على المتعارَفِ.

فأجابَ عنه وقالَ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ العادةَ في الأكلِ كذلكَ، بلِ العادةُ منْقَسِمةٌ قد يَرُدُّ بعضُ الناسِ، وقدْ لَا يَرُدُّ بعضُ الناسِ، والعُرْفُ المشتركُ لَا يَصْلُحُ مُقَيِّدًا، فلَمْ يَصِحَّ الرجوعُ إلى العادةِ، بلْ وجَبَ العملُ بالإطلاقِ، وهوَ أنَّهما أطلَقَا العقدَ على حمْلِ قَدْرٍ معلومٍ مسافةً معلومةً، ولم يُقَيِّدا بعدمِ رَدِّ قَدْرِ ما ينقصُ مِنَ المحمولِ، فلمَّا كانَ الواجبُ حمْلَ قَدْرٍ [٥٢٩/٢ظ] معلومٍ بإطلاقِ اللفظِ، وجَبَ قَدْرُ رَدِّ النَّاقِصِ عمَلًا بالإطلاقِ؛ إذْ لَا مانعَ مِنَ العملِ بالإطلاقِ.

وقالَ في كتابِ الإجَارَاتِ منَ «**الجامعِ الصغيرِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ اكترى مِن رَجُلٍ إبلًا بغيرِ أعيانِها إلى مكَّةَ، وكفَلَ لهُ رَجُلٌ بالحُمْلانِ، قالَ: جائزٌ، وله أنْ يأخُذَ أيَّهما شاءَ بالحُمْلانِ»(٢).

ولمْ يَذْكُرْهَا صاحبُ «**الهداية**» في كتابِ الإجَارَاتِ اعتمادًا على ما ذكرَ مِنْ مسألةِ القُدُورِيِّ في كتابِ الكفالةِ عندَ قولِه: «ومَنِ استأجرَ دَابَّةً للحملِ: فإنْ كانَتْ بعَيْنِها لمْ تَصِحَّ الكفالةُ بالحَمْلِ»(٣).

قالَ فخرُ الإسلامِ ﷺ: «والمرادُ بالحُمْلانِ: الحمْلُ وضَمَانُ العملِ، وهوَ الحمْلُ إنَّما يَصِحُّ إذا كانَتِ الإبلُ بغيرِ أعيانِها؛ لأنَّهُ مَضْمُونٌ يُمْكِنُ استيفاؤُه مِنَ الكفيلِ، فإذا كانَتْ بأعيانِها لم يُمْكِنْ اسْتِيفَاء حَمْلها مِنْ غيرِها، فبطلَتِ الكفالةُ،

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: النقض».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٩].

. . . .

هذا إذا كفَلَ بالحَمْلِ.

فإنْ كفَلَ بنَفْسِ الإبلِ؛ جازتِ الكفالةُ ويُؤْخَذُ بهِ؛ لأنَّ تسليمَ الإبلِ بحُكْمِ العقدِ صارَ مُسْتحقًّا على المُؤاجِرِ، والتَّسْلِيمُ ممَّا يجْرِي فيه النيابةُ، فتَصِحُّ الكفالةُ، بمنزلةِ الكفالةِ بنفْسِ الرَّجُلِ، بخلافِ الكفالةِ بالحَمْلِ؛ لأنَّ الإبلَ إذا كانَتْ مُعَيَّنةً لَا يَقْدرُ على إيفاءِ الحمْلِ، وكذا إذا استأجرَ عبدًا للخدمةِ، فكفَلَ رَجُلٌ بخدمتِه؛ لَا يَجُوزُ، وإنْ كفَلَ بنَفْسِ العبدِ جازَ؛ لِمَا قلْنا».

ولمْ يَذْكُرْ صاحبُ «**الهدايةِ**» رحمه الله مُؤْنَةَ ردِّ العينِ المُسْتَأْجرةِ هنا؛ اعتمادًا على ما ذكرَه في «كتابِ العَارِيَّةِ» منْ مسألةِ القُدُورِيِّ رحمه الله بقولِه: «وأُجرةُ ردِّ العَارِيَّةِ على المُسْتَعِيرِ، وأُجرةُ ردِّ العينِ المُسْتَأْجرةِ على المُؤاجِرِ، وأُجرةُ ردِّ العينِ المَغْصُوبَةِ على الغَاصِبِ»(١).

وقالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَسْتَأْجِرُ مِنَ الرَّجُلِ الرَّحَى، فيَحْمِلُها فتنقَضِي الْإِجَارَةُ، قالَ: على المُؤَاجِرِ أنْ يجيءَ فيَأْخُذَها، وإنْ كانَتْ عَارِيَّةً: فعلى المُسْتَعِيرِ ردُّها»(٢)، وذلكَ لأنَّ الردَّ نقضَ القبضَ، فيَكُونُ [٣٥٨/٦و/م] على مَنْ وقعَ لهُ القبضُ، ومَنْفَعَةُ القبضِ في الْإِجَارَةِ تَعُودُ إلى المُؤَاجِرِ؛ لأنَّ حقَّه يتأكَّدُ في العينِ، وهوَ الأُجرةُ، وحقُّ المُسْتَأْجِرِ يَتَأكَّدُ في المَنْفَعةِ، والمَنْفَعةُ ليسَتْ بعينٍ، فكانَتْ مَنْفَعَةُ المُؤَاجِرِ أكثرَ، وفي بابِ الْإِعَارَةِ المَنْفَعَةُ تَعُودُ إلى المُسْتَعِيرِ، فكانَ مُؤْنةُ الردِّ عليه، والباقي مَرَّ في العَارِيَّةِ، واللهُ أعلمُ.

---

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/١٣٣].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٠].



كِتَابُ الْمُكَاتَبِ

كِتَابُ الْمُكَاتَبِ

ذِكْرُ كتابِ المُكَاتَبِ عَقِيبَ كتابِ العَتَاقِ كانَ أنسبَ، ولهذا ذَكرَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»[1] كتابَ المُكَاتَبِ وكتابَ الوَلاءِ عَقِيبَ كتابِ العَتَاقِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ مآلُها العتقُ بمالٍ، والولاءُ حُكْمٌ مِنْ أحكامِ العتقِ أيضًا.

وقيلَ في وَجْهِ مناسبةِ إيرادِ كتابِ المُكَاتَبِ بعدَ كتابِ الإِجَارَةِ: إنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ الإِجَارَةِ والكِتَابَةِ عَقْدٌ يُسْتَفَادُ بهِ المالُ بمقابلةِ ما ليسَ بمالٍ، على وَجْهٍ ما يحْتَاجُ فيه إلى ذِكْرِ العِوَضِ بالإيجابِ، والقبولِ بطريقِ الأصالةِ.

وقولُنا: «بمقابلةِ ما ليسَ بمالٍ»، احترازٌ عنِ البَيْعِ والهبةِ بشَرْطِ العِوَضِ.

وقولُنا: «بطريقِ الأصالةِ»، احترازٌ عنِ النِّكَاحِ والطلاقِ والعَتَاقِ على مالٍ، فإنَّ العِوَضَ ليسَ بأصلٍ في الطلاقِ والعَتَاقِ، وكذا في النِّكَاحِ؛ لأنَّه يَصِحُّ بلَا تسْمِيَةِ المالِ.

ثُمَّ الكِتَابَةُ عَقْدٌ جائزٌ مندوبٌ إليه ليسَ بواجبٍ، وعليه عامةُ العلماء رضي الله عنهم، وهوَ مذهبُ أصحابِنا ومالكٍ رضي الله عنهم[2]، وهوَ المشهورُ عنِ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه، وَرُوِيَ عنه: أنَّه واجبٌ[3]، وهوَ مذهبُ داودَ الأَصْفَهانِيِّ رحمه الله[4].

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٣].

(٢) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٩٨٧/٢]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٤٧٩/٨]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [١٣٩/٨].

(٣) المشهور الأول، وبه قَطَع جماهير الشافعية. ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٥٠٨/٧]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٤٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٠٩/١٢].

(٤) ينظر: «المحلى» لابن حزم [٢٢٤/٩].

....

والدليلُ على جوازِها ومشروعيتِها: الكتابُ والسُّنَّةُ وإجماعُ الأُمَّةِ.

أَمَّا الكتابُ: فقولُه تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا ﴾ [النور: ٣٣] [٢/٥٣٠و].

والكتابُ والمُكَاتَبَةُ: كالعِتَابِ والمُعَاتبةِ، ومعناهُ: أنْ يَقُولَ المولىٰ لعَبْدِه: كاتبْتُك على ألفِ درهمٍ، أو كاتَبْتُك بألفِ درهمٍ، فيَقُولُ العبدُ: قَبِلْتُ.

وإنَّما سُمِّيَ العقدُ كِتَابَةً؛ لِمَا يُكْتَبُ فيه مِنَ الكتابِ على العبدِ للمولىٰ، وعلىٰ المولىٰ للعبدِ، ولم يُسَمّ بهذا الاسم سائرُ العقود، وإنْ كانَ يُوجَدُ فيها معنى الكِتَابَةِ؛ لئَلَّا تَبْطُلَ التَّسْمِيَةُ كالْقَارُورَةِ، سُمِّيَتْ بهذا الاسم؛ لقرارِ المائعِ فيها، ولا يُسَمَّىٰ الكُوزُ ونحوه قَارُورَةً، وإنْ كانَ يُقَرُّ المائعُ فيها؛ لئَلَّا تَبْطُلَ الأعلامُ.

وأمَّا السُّنَّةُ: فهيَ أنَّ بَرِيرَةَ كانَتْ مُكَاتَبَةً على عهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ، وكانَ يعْرِفُ ذلكَ ولا يُنْكِرُه.

وقد حدَّثَ البُخَارِيُّ ﵀ في «**الصحيح**» قالَ: حَدَّثَنا قُتَيْبَةُ، قالَ: حَدَّثَنا اللَّيْثُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ، أَنَّ عَائِشَةَ ﵂ أَخْبَرَتْهُ [٦/٣٥٨ظ/م]: أَنَّ بَرِيرَةَ جَاءَتْ تَسْتَعِينُهَا فِي كِتَابَتِهَا، وَلَمْ تَكُنْ قَضَتْ مِنْ كِتَابَتِهَا شَيْئًا، قَالَتْ لَهَا عَائِشَةُ: ارْجِعِي إِلَى أَهْلِكِ، فَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ أَقْضِيَ عَنْكِ كِتَابَتَكِ وَيَكُونَ وَلَاؤُكِ لِي فَعَلْتُ، فَذَكَرَتْ ذلكَ بَرِيرَةُ لِأَهْلِهَا، فَأَبَوْا، وَقالُوا: إِنْ شَاءَتْ أَنْ تَحْتَسِبَ عَلَيْكِ، فَلْتَفْعَلْ وَيَكُونَ لَنَا وَلَاؤُكِ، فَذَكَرَتْ ذلكَ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**ابْتَاعِي، فَأَعْتِقِي، فَإِنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**»، قَالَتْ: ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ، فقالَ: «**مَا بَالُ أُنَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا ليسَ فِي كِتَابِ اللهِ**

. . . .

فليس لَهُ، وَإِنْ شَرَطَ مِئَةَ شَرْطٍ، شَرْطُ اللهِ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ»(١).

وقد رَوَىٰ الحسنُ بن زياد عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ في «المجرَّد»: عن إبراهيمَ عن زيدِ بنِ ثابتٍ ﷺ أنَّه كانَ يَقُولُ: «الْمُكَاتَبُ، عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»(٢).

وأمَّا الإجماعُ: فإنَّ الأُمَّةَ مجمعونَ علىٰ جوازِ ذلكَ في كلِّ عصرٍ مِنْ غيرِ نكيرٍ.

ثُمَّ عامَّةُ العلماءِ ﷺ علىٰ أنَّه مندوبٌ، وقالَ بعضُهم: إنَّه واجبٌ إذا عَلِم خير في العبدِ استدلالًا بما قالَ البُخَارِيُّ ﷺ في «الصحيح»: قالَ رَوْحٌ: عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ، قُلْتُ لِعَطَاءٍ: «أَوَاجِبٌ عَلَيَّ إِذَا عَلِمْتُ لهُ مَالًا، أَنْ أُكَاتِبَهُ؟ قالَ: «مَا أُرَاهُ إِلَّا وَاجِبًا»، وقالَ عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ: قُلْتُ لِعَطَاءٍ: تَأْثُرُ عنْ أحَدٍ؟ قالَ: «لَا»، ثُمَّ أَخْبَرَنِي: أَنَّ مُوسَىٰ بْنَ أَنَسٍ أَخْبَرَ: أَنَّ سِيرِينَ، سَأَلَ أَنَسًا: المُكَاتَبَةَ ـ وَكَانَ كَثِيرَ المَالِ ـ فَأَبَىٰ، فَانْطَلَقَ إلىٰ عُمَرَ، فقالَ: «كَاتِبْهُ»، فَأَبَىٰ، فَضَرَبَهُ بِالدِّرَّةِ، وَيَتْلُو عُمَرُ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، فكَاتَبَهُ»(٣).

وقالَ في «الكشاف»: «وعن عُمَر(٤): «هِيَ عَزْمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ اللهِ تعالىٰ». وعن ابنِ سيرينَ ﷺ مِثْلُه، وهوَ مذهبُ داودَ»(٥). إلىٰ هنا لفظُ «الكشافِ».

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) علَّقه البخاري في كتاب العتق/ باب بيع المكاتب إذا رضي [٩٠٤/٢]. ووصله الشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» [٢٠٦/١]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٧١٧]، وابن أبي شيبة [رقم/٢٠٥٦٦]، عن زيد بن ثابت ﷺ به.

(٣) علَّقه: البخاري في كتاب العتق/ باب إثم من قذف مملوكه وباب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم [٩٠٢/٢].

(٤) وقع بالأصل: «ابن عُمَر ﷺ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الكشاف».

(٥) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٢٣٨/٣].

. . . .

والدليلُ على الندْبِ: أنَّ اللهَ تعالى أمَرَ على وَجْهِ الندبِ والإرشادِ؛ بدليلِ قولِه: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، ولا يُحْمَلُ على الإيجابِ بالشكِّ، ولأنَّه عقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فلَا يتَّصِفُ بكونِه واجبًا قياسًا على سائرِ المُعَاوَضَاتِ.

والفِقْهُ فيه: أنَّ الرضا بزوالِ المعقودِ عليه عنِ المِلْكِ شرْطٌ بقولِه تعالى: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، فلوْ وجَبَ عَقْدُ الكِتَابةِ؛ لانعدمَ المِلْكُ بلَا رضا، وذلكَ لَا يَجُوزُ، ولا حُجَّةَ لهم بالآيةِ؛ لأنَّ الخيرَ مجْمَلٌ، يَحتَمِلُ الصلاحَ في الدِّينِ، ويَحتَمِلُ النفْعُ للسيِّدِ، أو للعبدِ، فلَا يَصِحُّ احتجاجُهم مَعَ الاحتمالِ.

وَرُوِيَ عنْ بعضِ أصحابِنا ﷺ: أنَّ الأمرَ للإباحةِ، وفيه إلغاءُ الشرطِ المذكورِ في الآيةِ؛ لأنَّ الإباحةَ ثابتةٌ [٣٥٩/٦و/م] بدونِ الشرطِ، فلَا حاجةَ إلى التعليقِ.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّ الكِتَابَةَ لَا تَجُوزُ قياسًا لِمَا فيها مِن إثباتِ الدَّيْنِ للمولى على العبدِ، والمولى لَا يسْتَوْجِبُ على عبْدِه دَيْنًا، ولكنْ جُوِّزَتْ استحسانًا؛ بدليلِ الكتابِ والسُّنةِ وإجماعِ الأُمَّةِ.

[٥٣٠/٢ظ] ثُمَّ قَالَ بعضُهم: المرادُ مِنَ الخيرِ المذكورِ: إقامةُ الصلواتِ الخمسِ، وأداءُ الفرائضِ. وقالَ بعضُهم: ألَّا يُضِرَ بالمسلمينَ بعدَ العتقِ، فإنْ كانَ يُضِرُّ؛ فالأفضلُ ألَّا يُكَاتِبَه، ولكن لوْ فعَلَ ـ مع ذلكَ ـ جازَ؛ لأنَّ الجوازَ ليسَ بموقوفٍ على الشرطِ.

وقيلَ: إنْ علِمْتُم أنَّ فيهم أداءً، أي: قُدرةٌ على الأداءِ. رواه كذلكَ محمدٌ ﷺ في «الأثارِ»[1] عنْ أبي حَنِيفَةَ عنْ حمادٍ عنْ إبراهيمَ ﷺ.

---

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٥٧٩/٢].

قال: وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ، أَوْ أَمَتَهُ عَلَىٰ مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذَلِكَ؛ صار مُكاتبًا أَمَّا الْجَوَازُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وَهَذَا لَيْسَ أَمْرَ إِيجَابٍ بِإِجْمَاعٍ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ، وَإِنَّما هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الْحَمْلِ عَلَى الْإِبَاحَةِ إِلْغَاءُ الشَّرْطِ إِذْ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أَمَّا النَّدْبِيَّةُ مُعَلَّقَةٌ بِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَىٰ مَا قِيلَ: أَلَّا يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَالْأَفْضَلُ أَلَّا يُكَاتِبَهُ وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ لَوْ فَعَلَهُ.

وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ الْعَبْدِ فَلِأَنَّهُ مَالٌ يَلْزَمُهُ فَلَا بُدَّ مِنْ الْتِزَامِهِ وَلَا يَعْتِقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كلِّ الْبَدَلِ؛ ....

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ عَبْدَهُ، أَوْ أَمَتَهُ عَلَىٰ مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ، وَقَبِلَ الْعَبْدُ ذلكَ؛ صارَ مُكَاتَبًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصره»[1].

أمَّا جوازُ الكتابِ والاختلافُ في كونِها مندوبةً أوْ مباحةً أوْ واجبةً: فقد مَرَّ بيانُها.

وأمَّا اشتراطُ قبولِ العبدِ: فلأنَّ المولىٰ لَمْ يَرْضَ أنْ يخرجَ العبدَ عن مِلْكِه بلَا مالٍ يَلْزَمُ العبدَ، وما كانَ لازمًا عليه فلَا بُدَّ مِنَ التزامِه، فتوَقَّفَ علىٰ قبولِه لهذا.

قولُه: (وَإِنَّما هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ)، هذا احترازٌ عمَّا قيلَ: إنَّ الأمرَ في قولِه تعالىٰ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾، للوجوبِ أو للإباحةِ، وقدْ مَرَّ قبْلَ هذا.

قولُه: (وَالْمُرَادُ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَىٰ مَا قِيلَ: أَلَّا[2] يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ الْعِتْقِ)، وإنَّما قيلَ بقولِه علىٰ ما قيلَ: إشارةٌ إلىٰ أنَّ فيه اختلافًا، وقدْ مَرَّ بيانُه قبْلَ هذا.

قولُه: (وَلَا يَعْتِقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كلِّ الْبَدَلِ)، ذكرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ ﵀،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «أنه لا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

وقدِ اختلفوا في أنَّ المُكَاتَبَ متى يَعْتِقُ؟

قالَ صدرُ الإسلامِ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: قالَ عَلِيٌّ رضي الله عنه: «يَعْتِقُ بِقَدْرِ مَا أَدَّىٰ»(١).

وقالَ عبدُ اللهِ بنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنه: «يَعْتِقُ إذا أَدَّىٰ قَدْرَ قِيمَتِهِ، والباقي دَيْنٌ عليه».

وقالَ ابنُ عَبَّاسٍ: «يَعْتِقُ كما كُوتِب، وأَخَذَ الكتابَ مِنَ المولىٰ».

وقالَ زيد بن ثابت رضي الله عنه: «لا يَعْتِقُ ما لمْ يُؤَدِّ جميعَ بدلِ الكِتَابَةِ»(٢).

وقولُ ابنِ عُمَرَ وعَائِشَةَ وأُمِّ سلمةَ رضي الله عنهم مِثْلُ قولِ زيدٍ. كذا في «شرحِ الأقطعِ رحمه الله»(٣).

وقالَ في «شرحِ الأقطعِ» أيضًا: وعن ابن عُمَرَ رضي الله عنهما: إذا أَدَّىٰ النصفَ عَتَقَ(٣).

وقالَ محمدٌ رحمه الله في كتابِ «الآثارِ»: «وقولُ زيد أحبُّ إلينا وإلىٰ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه في المُكَاتَبِ مِن قولِ عَلِيٍّ وعبدِ اللهِ»(٤).

ثُمَّ قالَ في «الآثارِ»: وقالَ أبو حَنِيفَةَ ـ وهو قولُ عَائِشَةَ رضي الله عنها [٦/٣٥٩ظ/م] فيما بلَغَنا ـ: وبه نأخذ»(٥).

دليلُنا: ما روىٰ محمدٌ رحمه الله في «الأصلِ»(٦): عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عنْ أَبِيهِ،

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٥٧٣٤]، عن عَلِيّ رضي الله عنه به.
(٢) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/٥٧٨].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢/ق/١٣١].
(٤) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/٥٧٨].
(٥) ينظر: المصدر السابق.
(٦) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٢٠٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَىٰ مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ» وقالَ ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَفِيهِ اِخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ، وَمَا اِخْتَرْنَاهُ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رضي الله عنه ....

غاية البيان

عَنْ جَدِّهِ رضي الله عنه، عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ قالَ: «مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَىٰ مِئَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهُ إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ؛ فهوَ رَقِيقٌ»[1].

وقولُه[2] (وقالَ ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»[3]): مِن كلامِ زيدِ بنِ ثابتٍ علىٰ ما رَوَىٰ الحسَنُ[4]، وقدْ رَوَيْنَاهُ عنِ «المجرّدِ» قبْلَ هذا.

ولكنْ رَوَىٰ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «شرحِ الآثارِ» وقالَ: حَدَّثَنَا ابْنُ أَبِي دَاوُدَ، قالَ: حَدَّثَنَا الْخَطَّابُ بْنُ عُثْمَانَ، قالَ: حَدَّثَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ عَيَّاشٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ سُلَيْمٍ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ رضي الله عنه، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ»[5].

وَحدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا فيه: عَنْ عَلِيِّ بْنِ شَيْبَةَ عَنْ يَزِيدَ بْنِ هَارُونَ، عَنْ سَعِيدِ

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب العتق/ باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت [رقم/٣٩٢٧]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى [رقم/١٢٦٠]، وابن ماجه في كتاب العتق/ باب المكاتب [رقم/٢٥١٩]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في ذِكْر المكاتب يؤدي بعض كتابته [رقم/٥٠٢٥]، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ رضي الله عنه به نحوه.

قال الترمذي: «هذا حديث غريب». وقال ابن كثير: «رواهُ الإمامُ أحمدُ، وأهلُ السُّننِ من حديثِ جماعةٍ عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ، وهو صحيحٌ عنهُ». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/١١٧].

(٢) يعني: قول صاحب: «الهداية».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) يعني: الحسن بن زياد اللؤلؤي.

(٥) مضىٰ تخريجه.

. . . .

بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ، عَنْ قَتَادَةَ، عَنْ مَعْبَدٍ الْجُهَنِيِّ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»(١).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: بإسناده إلىٰ عَمْرِو بْنِ مَيْمُونَ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: «اسْتَأْذَنْتُ عَلَىٰ عَائِشَةَ ﵂، فَقَالَتْ: كَمْ بَقِيَ عَلَيْكَ فِي كِتَابَتِكَ؟ قُلْتُ: عَشْرُ أَوَاقٍ [٢/٥٣١و]، فَقَالَتْ: ادْخُلْ، فَإِنَّكَ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْكَ شَيْءٌ»(١).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: بإسناده إلىٰ أَبِي مَعْشَرٍ ـ وهو السِّنْدِيّ(٢) ـ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ الْمَقْبُرِيِّ، أَنَّ أُمَّ سَلَمَةَ قَالَتْ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ»(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: عَنْ يُونُسَ، عَنِ ابْنِ وَهْبٍ قَالَ: أَخْبَرَنِي أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ وَمَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ ﵄ قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ، مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْءٌ»(٣).

وَحَدَّثَ الطَّحَاوِيُّ أيضًا: بإسنادِهِ إلىٰ مُجَاهِدٍ، قالَ: كانَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَقُولُ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ كِتَابَتِهِ»(٣).

وذكَرَ الطَّحَاوِيُّ في «شرحِ الآثار»(٤) سؤالًا وجوابًا فقالَ: فإنْ قيلَ: لِمَ لَا تَكُونُ الكِتَابَةُ مِثْلَ العَتَاقِ علىٰ مالٍ، وقدْ رأَيْنا المُعْتَقَ علىٰ مالٍ يَعْتِقُ قبْلَ أداءِ المالِ، والكِتَابَةُ: هوَ عَتَاقٌ علىٰ مالٍ؟

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/١١١]، بهذا الإسناد به.

(٢) وقع بالأصل وسائر النسخ: «السُّدِّيّ»! وهو غلطٌ ظاهر، وصوابُه: «السِّنْدِيّ»، وهو نجيح بن عبد الرحمن السِّنْدِي أبو معشر المدني. ينظر: «تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٣/٤٥٧].

(٣) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣/١١٢]، بهذا الإسناد به.

(٤) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٣/١١٢].

ويعتق بأدائه. وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى: إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَقْدِ يثبت مِنْ غَيْرِ التَّصْرِيحِ بِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ. ....

غاية البيان

قلنا: ليس الكتابةُ عتقًا، وإنْ كانَ عتقًا على مالٍ؛ لأنَّهم أجمعوا: أنَّ المعتق على مالٍ يَعْتِقُ بالقبولِ، وفي المُكَاتَبِ لا يَعْتِقُ بنفْسِ الكتابةِ، وإنَّما يَعْتِقُ في الثاني إذا أَدَّى. وهذا إجماعٌ منهم، فثَبتَ أنَّه ليسَ بمنزلةِ العَتاقِ على مالٍ، والقياسُ يشُدُّ على هذا الذي ذهَبْنا إليه أيضًا؛ لأنَّ البَيْعَ إذا صحَّ ووقَعَ لَمْ يكُنْ للمشتري على السلعةِ يدٌ، ولا سبيلٌ إلَّا بأداءِ جميعِ الثَّمَنِ.

وإنْ أَدَّى بعضَ الثَّمَنِ لَمْ يكُنْ لهُ أنْ يأخُذَ مِنَ السلعةِ بحِصَّتِه، وكذا الرَّهْنُ إذا صحَّ لَمْ يكُنْ للرَّاهِنِ إذا أدَّىٰ بعضَ الدَّيْنِ [٤/٣٦٠و] أنْ يأخُذَ مِنَ الرَّهْنِ بحِصَّتِه حتى يُؤَدِّيَ جميعَ الدَّيْنِ؛ لأنَّ عقْدَ البَيْعِ أوجبَ حقًّا للبائعِ على المُشْتَرِي ألَّا يلْزَمَه تسليمُ السلعةِ إلَّا باستيفاءِ جميعِ الثَّمَنِ؛ لأنَّه لوْ ثبتَ التَّسْلِيمُ بالعقدِ ما كانَ يُنْتَظَرُ أداءُ بعضِ الثَّمَنِ ولا كُلِّه.

فكذلكَ في المُكَاتَبِ لوْ وجَبَ بعَقْدِ الكِتَابَةِ تسليمُ الرَّقَبَةِ إلى المُكَاتَبِ بخروجِه مِن مِلْكِه إلى المُكَاتَبِ؛ لَمَا انْتُظِرَ أداءُ بعضِ الكِتَابَةِ ولا كُلِّه، وحيثُ وجبَ الانتظارُ لَمْ يَعْتِقْ إلَّا بأداءِ الكلِّ. واللهُ أعلمُ.

قولُه: (وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَى: إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُوريِّ ﷺ.

قالَ الحاكمُ ﷺ في «مختصرِه» [المُسمَّى بـ«الكافي»][(١)]: «ويَعْتِقُ بأدائِه إنْ كانَ قالَ: إذا أدَّيْتَ إليَّ فأنتَ حُرٌّ، أوْ لمْ يقُلْه»[(٢)].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٣].

....

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِه للكافي»: «وهذا عندَنا، وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لَا بُدَّ أنْ يَقُولَ ذلكَ حتى يَعْتِقَ بالأداءِ[1].

وإنَّا نَقُولُ: مُوجبُ الكِتَابَةِ صَيْرورةُ المُكَاتَبِ أحقّ بأكْسَابِه ليَصِلَ إلى العتقِ في الثاني عندَ الأداءِ، فإذا أدَّى ثبتَ العتقُ، نصَّ عليه أوْ لَمْ ينُصَّ؛ لأنَّه غرَضُ العقدِ، وهذا لأنَّ مُوجباتِ الأشياءِ ثبتَتْ مِنْ غيرِ تنصيصٍ على المُوجِبِ، كما في البَيْعِ إذا صحَّ ووقَعَ بلَا خيارٍ يَثْبُتُ مُوجبُه، وهوَ خروجُ المِلْكِ مِنَ البَائِعِ إلى المُشْتَرِي، وإنْ لَمْ يُوجَدِ التنصيصُ على الخروجِ.

والحاصلُ: أنَّه إذا قالَ لعَبْدِه: كاتبتُكَ على ألفِ درهمٍ على أنْ تُؤَدِّيَ إلَيَّ كلَّ شهرٍ كذا، على أنَّكَ إذا أدَّيْتَ فأنتَ حُرٌّ، وكذا إذا قالَ: إذا أدَّيْتَ إلَيَّ ألفَ درهمٍ كلَّ شهرٍ منه كذا فأنتَ حُرٌّ، فإنَّه يَكُونُ كِتَابَةً؛ لأنَّ معنى الكِتَابَةِ ليسَ إلَّا الإعتاقُ على مالٍ مُؤَجَّلٍ مُنَجَّمٍ بنجومٍ مَعْلُومَةٍ، ولكنْ إنَّما يَجُوزُ إذا قَبِلَ الكِتَابَةَ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فلَا بُدَّ مِنَ الإيجابِ والقبولِ.

وكذلكَ لوْ قالَ: كاتبتُك على ألفِ درهمٍ ونَجَّمَه، وسَمَّى النجومَ، وقَبِلَ العبدُ؛ فإنَّه يَكُونُ كِتَابَةً، وإنْ لمْ يُعَلِّقِ العتقَ بالأداءِ، ولم يَقُلْ: على أنَّكَ إنْ أدَّيْتَ إلَيَّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فيَعْتِقُ بحُكْمِ المُعَاوَضَةِ، لَا بحُكْمِ الشرطِ.

وعلى قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لَا بُدَّ مِنَ التعليقِ بشرطِ الأداءِ، ولوْ [٢/٥٣١ظ] قالَ لعبْدِه: إنْ أدَّيْتَ إلَيَّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ، وإذا أدَّيْتَ إلَيَّ قيمتَك فأنتَ حُرٌّ، فأدَّاه يَعْتِقُ؛ لأنَّ العتقَ مُعَلَّقٌ بالأداءِ، فقد وُجِدَ شرْطُه.

قالَ الكَرْخِيُّ: ولا يَكُونُ هذا كِتَابَةً، وإنْ كانَ ثَمَّةَ معنى الكِتَابَةِ مِنْ وَجْهٍ، حتى

---

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٩/٣٧٥]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٤٠٦].

وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ البَدَلِ؛ اعْتِبَارًا بَالبَيْعِ.

غاية البيان

إنَّ العبدَ إذا جاءَ بالبدلِ، فإنه يُجْبَرُ على قبولِه(١) ـ أي: يَصِيرُ المولى قابضًا لهُ بالتَّخْلِيَةِ، كما في الكِتَابَةِ، وإنْ لمْ يقْبَلِ المولى استحسانًا عندَنا خلافًا لِزُفَرَ رحمه الله.

وبيانُ التفرقةِ [٦/٣٦٠ظ/م] بينَ التعليقِ وبينَ الكِتَابَةِ في مسائلَ: فإنَّه إذا ماتَ العبدُ هنا قبْلَ الأداءِ، وترَكَ مالًا؛ فالمالُ كلُّه للمولى، ولا يُؤَدَّى عنه فيَعْتِقُ، بخلافِ الكِتَابَةِ، وكذا لوْ ماتَ المولى وفي يدِ العبدِ كَسْبٌ، فالعبدُ رقيقٌ يُورَثُ عنه مع أكسابِه، بخلافِ الكِتَابَةِ.

ولوْ كانَتْ هذه أَمَةً فولدَتْ، ثُمَّ أدَّتْ لَمْ يَعْتِقْ ولدُها، بخلافِ المُكَاتبةِ إذا ولَدَتْ ثُمَّ أَدَّتْ فعتَقَتْ بعِتْقِ ولدِها، ولوْ قالَ العبدُ للمولى: حُطَّ عني مئةً، فحَطَّ المولى عنه، فأدَّى تسعَ مئةٍ؛ فإنَّه لَا يَعْتِقُ، بخلافِ الكِتَابَةِ، ولوْ أبرأَ المولى عنِ الألفِ العبدَ لَمْ يَعْتِقْ، ولوِ أبرأَ المُكَاتَبَ عنْ بدلِ الكِتَابَةِ يَعْتِقُ، ولوْ باعَ هذا العبدَ، ثُمَّ اشترَاهُ وأدَّى إليه؛ يُجْبَرُ على القبولِ عندَ أبي يوسفَ رحمه الله.

وقالَ محمدٌ رحمه الله في «الزياداتِ»: لَا يُجْبَرُ على قبولِها، فإنْ قَبِلَها عَتَقَ، وكذلكَ لوْ رُدَّ إليه بخيارٍ أوْ عيبٍ، وأمَّا الإعتاقُ على مالٍ: فهوَ خلافُ الكِتَابَةِ، وخلافُ تعليقِ العتقِ بالأداءِ، فإنه إذا قالَ لعبْدِه: أنتَ حُرٌّ على ألفِ درهمٍ، فقَبِلَ العبدُ؛ فإنَّه يَعْتِقُ مِن ساعتِه، ويكونُ البدلُ واجبًا في ذِمَّته؛ لأنَّه أعتقَه بعِوَضٍ، فمتى قَبِل يَزُولُ المُعَوَّضُ عن صاحبِه كما في البَيْعِ، وكذا لوْ قالَ لعبْدِه: أنتَ حُرٌّ على قِيمَةِ رقبتِكَ، وقَبِلَ ذلكَ؛ فإنَّه يَعْتِقُ. كذا في «التحفةِ»(٢) وغيرِها.

قولُه: (وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ البَدَلِ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ رحمه الله.

قالَ في «إشاراتِ الأسرارِ»: حَطُّ شيءٍ مِنْ بدلِ الكِتَابَةِ ليسَ بواجبٍ عندَنا،

---

(١) وقع بالأصل: «على قوله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٢٨٥].

....

[وعندَ الشَّافِعِيِّ: واجبٌ»](١).

وقالَ في «وجيزِهم»: «يَجِبُ الإيتاءُ بحَطِّ شيءٍ مِنَ النجومِ، أوْ بَذْلِ شيءٍ»(٢).

وهذا يَدُلُّ على أنَّ الحَطَّ واجبٌ عندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله ولكنَّه لم يُقَدِّرْه بشيءٍ.

وقالَ في «المختلفِ» و«الحَصْرِ»: «يُحَطّ رُبعٌ أو ثلث، يَلْزَمه ذلكَ عنده، وعندنا: لَا يَلْزَمه شيء منه».

وقالَ في «الكشاف»: «وعن عَلِيٍّ رضي الله عنه: يُحَطّ لهُ الربع. وعن ابن عَبَّاسٍ رضي الله عنهما: يَرْضَخ لهُ مِن كتابتِه شيئًا»(٣).

وقالَ أبو إسحاقَ الزَّجَّاجُ رحمه الله في «تفسيرِه»: «ويُرْوَىٰ عن عُمَرَ(٤) أنَّه كاتَبَ عبدًا لهُ يُكْنَىٰ: أبا أُمَيَّةَ، وهوَ أولُ عبدٍ كُوتِب في الإسلامِ، فأتاه بأوّلِ نجْمٍ فدفعَه إليه عُمَر، وقالَ [له](٥): اسْتَعِنْ بهِ على مُكَاتَبَتِكَ، فقالَ: لَوْ أَخَّرْتَه إلىٰ آخرِ نجْمٍ، فقالَ: أخافُ ألَّا أُدْرِكَ ذلكَ»(٦).

له: قولُه تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِيٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣].

ولنا: قولُه ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»(٧)، ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/٥٠٠].

(٣) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٣/٢٣٩].

(٤) وقع بالأصل: «ابن عُمَر رضي الله عنهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «معاني القرآن وإعرابه» للزجَّاج.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «معاني القرآن وإعرابه» للزجَّاج.

(٦) ينظر: «معاني القرآن وإعرابه» للزجاج [٤/٤١].

(٧) مضىٰ تخريجه.

....

ولا يلزمُهُ فيه الحَطُّ كَالبَيْعِ ، ولأنَّه لَا معنىٰ للإيجابِ ثُمَّ الحَطِّ ، فمَنْ فعَلَ ذلكَ صارَ كمن رقمَ علىٰ الماءِ ، ولأنه دَيْنٌ ، فلَا يسْتَحقُّ علىٰ صاحبِه الحَطّ كسائرِ الديونِ.

ولا حجةَ للخصْمِ في قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ ؛ لأنَّ مالَ الكِتَابَةِ لَا يُطْلَقُ عليه اسمُ مالِ اللهِ ﷻ [٦/٣٦١و/م] ، كما لَا يُطْلَقُ علىٰ أثمانِ البِيَعَاتِ وأُجرةِ الإِجَارَاتِ ، وإنَّما يُطْلَقُ مالُ اللهِ علىٰ أموالِ القُرَبِ ، كالصدقاتِ ، والزكواتِ ، والعُشرِ ، وخُمْسِ الغنيمةِ ، فكأنَّه تعالىٰ أَمَرَنا بإعطاءِ المكاتَبِين مِنْ صداقتنا ؛ ليستعينوا بذلكَ علىٰ أداءِ الكِتَابَةِ.

يَدُلُّ عليه: قولُه تعالىٰ: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [البقرة: ١٧٧] ، [التوبة: ٦٠] ، ويَدُلُّ عليه قولُه أيضًا: ﴿وَءَاتُوهُم﴾ ؛ لأنَّ الإيتاءَ ـ وهوَ الإعطاءُ ـ لَا يُسمَّىٰ [٢/٥٣٢و] حَطًّا ، وأيضًا الحَطُّ إنَّما يَكُونُ فيما في الذمَّةِ ، ومالُ اللهِ الذي آتانا في أيدينا ، لَا في ذمَّةِ المكاتَبِين ، فلوْ سُلِّمَ أنَّ المرادَ في الآيةِ مِنْ مالِ اللهِ: مالُ الكِتَابَةِ ؛ فيُحْمَلُ الإيتاءِ حينئذٍ علىٰ النَّدبِ ، لَا علىٰ الإيجابِ.

وإليه ذهَبَ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مختصرِه» حيثُ قالَ: «إنَّما هوَ علىٰ النَدْبِ والحضِّ علىٰ الخيرِ لَا علىٰ الإيجابِ»(١).

يُحقِّقُه: قولُه تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

بيانُه: أنَّ اللهَ تعالىٰ نهىٰ عنْ أكْلِ مالِ الغيرِ إلَّا بتجارةٍ عنْ تراضٍ ، ولَمْ يُوجَدِ الرضا مِنَ المولىٰ بحَطِّ شيءٍ مِن بدلِ الكِتَابَةِ ، فلَا يَحِلُّ للعبدِ أكْلُ ذلكَ لعدمِ رضا المولىٰ ؛ لأنَّ ما حُطَّ مِنَ العبدِ كسْبُ العبدِ ، وهوَ مِلْكُ المولىٰ إلَّا إذا رَضِيَ المولىٰ

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٨٤].

قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَشْترط الْمَال حالًّا، ويجُوزُ مُؤجّلًا ومُنجّمًا وقال الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ حَالاً غَيْرَ مُؤَجَّلٍ [١٢٥/و] وَلَا بُدَّ مِنْ نَجْمَيْنِ، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عنْ التَّسْلِيمِ فِي زَمَانٍ قَلِيلٍ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ قَبْلَه لِلرِّقِّ، بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَى أَصْلِه؛

بذلكَ بلَا إيجابٍ عليه، يُستحبُّ ذلكَ منه.

قالَ الإمامُ الأَسبِيْجَابيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وجائزٌ للمُكاتب قبولُ الصدقاتِ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [البقرة: ١٧٧]، [التوبة: ٦٠]، أرادَ به المكاتَبين، ويَحِلُّ للمولى أنْ يأخُذَ ذلكَ منه قضاءً مِنَ المُكَاتَبةِ، ويَحِلُّ لهُ تناولُه بعدَ العجزِ، وإن كانَ المولى غنِيًّا؛ لأنَّ الغنى يَخْتَلِفُ حُكْمُه باختلافِ الأسبابِ، وإنْ كانَ الغِنَى عندَنا واحدًا.

أَلَا ترى أنَّه كانَ يُتصدَّقُ على بَريرَة، وكانَتْ تُهْدِي إلى رسولِ اللهِ ﷺ، وكانَ يَقُولُ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ»[١]، وكانَ يَأْكُلُ منه، وكذلكَ الفقيرُ إذا ماتَ وتركَ مالًا جمْعَه مِنَ الصدقاتِ ووارِثُه غَنِيٌّ؛ يحلُّ لهُ تناولُه.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَالَ حَالًّا، وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»[٢].

وعندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: لَا تَجُوز الكِتَابَةُ الحالَّةُ، ولا بُدَّ عندَه مِنْ نجمَيْنِ فصاعدًا. كذا في «وجيزِهم»[٣].

والاختلافُ في السَّلَمِ على عكسِ هذا، فعندَنا: لَا يَجُوزُ السَّلَمُ حالًّا، وعندَه: يَجُوزُ[٤].

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٧٩].

(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/٤٤٧].

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٥/٣٩٥]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي=

لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمِلْكِ فَكَانَ احْتِمَالُ الْقُدْرَةِ ثَابِتًا، وَقَدْ دَلَّ الْإِقْدَامُ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهَا فَتَثْبُتُ. وَلَنَا: ظَاهِرُ مَا تَلَوْنَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَالْبَدَلُ مَعْقُودٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ السَّلَمِ

غاية البيان

وَجْهُ قولِه: أنَّ هذا عَقْدٌ لَا يُفِيدُ مقصودَه، وكل عَقْدٍ لَا يُفِيدُ مقصودَه؛ لَا يَنْعَقِدُ كالنِّكَاحِ الذي لَا يفيدُ حلَّ الوطءِ، وهذا لأنَّ المقصودَ من الكِتَابَةِ هوَ العتقُ، وإذا كانَ حالًّا لَا يُفِيدُ العتقَ؛ لأنَّه عجزَ عنْ أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ للحالِ بحُكْمِ الرِّقِّ، وإنَّما يُعَدُّ قادرًا على الأداءِ بواسطةِ مدَّةٍ يتمَكَّنُ مِنَ الكسبِ فيها.

فإذا كانَ عاجزًا عنِ الأداءِ للحالِ، يفْسخُ المولى عليه الكِتَابَةَ بحُكْمِ العجزِ، فلَا يَكُونُ في انعقادِهِ فائدةٌ، بخلافِ السَّلَمِ الحالِّ عندَه، فإنه يَجُوزُ عندَه؛ لأنَّ القابلَ للسَّلَمِ هوَ الحُرُّ، والحُرُّ قادرٌ لكونِه مالكًا للأشياءِ [٣٦١/٦ظ/م]، والعبدُ لَا يَمْلِكُ شيئًا، فكانَ عاجزًا، بخلافِ ما إذا كانَ مؤجَّلًا، حيثُ يَكُونُ قادرًا بواسطةِ الكسبِ، ولأنَّ العجزَ إذا طرَأَ على الكِتَابَةِ رَفَعَها، فإذا قارَنها منَعَها؛ لأنَّ المنعَ أسهلُ مِنَ الرفعِ.

ولنا: قولُه تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، وقولُه ﷺ: «**مَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مِئَةِ أُوقِيَّةٍ، فَأَدَّاهَا [إِلَيْهِ]**[1] **إِلَّا عَشْرَ أَوَاقٍ؛ فَهوَ رقِيقٌ**»[2]. ونحو ذلكَ مِنَ الآثارِ[3].

بيانُه: أنَّ النصوصَ المقتضيةَ لجوازِ الكِتَابَةِ لمْ تشْتَرِطِ الأجَلَ، ولا نجمَيْنِ فصاعدًا، فكانَ اشتراطُ ذلكَ فاسدًا، ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فلَا يُشْتَرطُ القدرةُ

= [٥٧٠/٣]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٧٧/٢].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ينظر: «المبسوط» [٢/٢٥]، «الاختيار» [٣٥/٤].

عَلَىٰ أَصْلِنَا؛ لِأَنَّ الْمُسَلَّمَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الْكِتَابَةِ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ فَيُمْهِلُهُ الْمَوْلَىٰ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى

❁ غاية البيان ❁

الحقيقيةُ علىٰ البدلِ، بلْ وَهْمُ القدرةِ كافٍ كما في سائرِ العقودِ، وعليه إجماعُ الأُمَّةِ.

أَلَا ترىٰ أنَّ المُفْلسَ الذي لَا يَمْلِكُ درهمًا إذا اشترىٰ عبدًا بألفِ دينارٍ؛ جازَ لتوَهُّمِ القدرةِ علىٰ تسليمِ الألفِ، والقدرةُ الموهومةُ ثابتةٌ للمُكَاتَبِ[1] علىٰ أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، فإنه يُمْكِنُه أنْ يستقرضَ بدلَ الكِتَابَةِ ليُؤَدّيَه، أوْ يَسْتَوهبَه، أوْ يطْلبَ الصَّدَقَةَ فيأخُذها فيؤدِّي، فكانَ قادرًا علىٰ أداءِ البدلِ.

فَعُلِمَ: أنَّ في انعقادِ العقدِ فائدةً.

وقولُه: «إنَّه عاجزٌ عنِ الأداءِ [٢/٥٣٢ظ] للحالِ»، جوابُه: أنَّ المولىٰ يَرْفقُ بهِ ويُمْهلُه ظاهرًا، فلَا يتَحَقَّقُ العجزُ عنِ الأداءِ مع إمهالِه.

وقولُه: «العجزُ يَرْفَعُ الكِتَابَةَ»، قلْنا: ليسَ كذلكَ عندَنا، إنَّما يَنْفَسِخُ العقدُ بفَسْخِ القاضي، أو بالتراضِي، ولَمْ يُوجَدِ التراضِي علىٰ ذلكَ، والقاضي إنَّما يفْسَخُها إذا عَلِمَ أنَّه لَا فائدةَ في بقائِها، بأنْ تعذَّرَ عليه الأداءُ، وهاهنا لم يتَحَقَّقِ العلمُ بذلكَ، فلَا يفْسَخُها.

وهذا بخلافِ السَّلَمِ الحالِّ عندَنا، فإنَّه لَا يَجوزُ؛ لأنَّ الْمُسْلَمَ فيه مَبِيعٌ، والعجزُ عنْ تسليمِ المَبِيعِ مانعٌ لصحَّةِ العقدِ، فإذا كانَ السَّلَمُ حالًّا؛ كانَ الْمُسْلَمُ إليه عاجزًا عنِ التَّسْليمِ لَا محالةَ؛ لأنَّه عَقْدُ مَفَالِيس، فكانَ القدرةُ الحقيقيةُ علىٰ الأداءِ شرطًا، فلهذا اشْتُرِطَ التأجيلُ.

ثُمَّ الكِتَابَةُ الحالَّةُ مِثْلُ إنْ قالَ: كاتبتُك علىٰ ألفِ درهمٍ، وبه صَرَّحَ الوَلْوَالِجِيُّ

(١) وقع بالأصل: «للمكاتبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

مُطْلَقَةً، وَفِي الْحَالِّ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الأَدَاءِ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ.

قَالَ: وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الشِّرَاءَ وَالْبَيْعَ ....

غاية البيان

في «فتاواه».

والكِتَابَةُ المؤجَّلَةُ مِثْلُ إنْ قالَ: كاتبتُك على ألفِ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ.

والكِتَابَةُ المنجَّمةُ مِثْلُ أن يقُولَ: كاتبتُك على ألفِ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ تُؤَدِّي كلَّ شهرٍ مِن النجم كذا. وكلُّ ذلك جائزٌ؛ لأنَّ بدلَ الكِتَابَةِ في حُكْمِ الثَّمَنِ، والثَّمَنُ يجبُ في الذمَّةِ حالًّا ومُنَجَّمًا. فكذا بدلُ الكِتَابَةِ.

قوله: (وَفِي الْحَالِّ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الأَدَاءِ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ)، يَعْنِي: في عَقْدِ الكِتَابَةِ بلا أجلٍ يُطالِبُ المولىٰ العبدَ بما قَبِلَ، فإنْ أدَّىٰ عَتَقَ، وإنِ امتنَعَ عنِ الأداءِ رُدَّ في الرِّقِّ؛ لأنَّ شَرْطَ الفَسْخِ قد وُجِدَ، وهوَ فَوَاتُ لزومِ العقدِ لفواتِ ما هوَ المقصود بالعقدِ. ولكنْ لَا يُرَدُّ في الرِّقِّ إلَّا بالتراضِي أوْ بقضاءِ القاضي.

والدليلُ علىٰ هذا: ما ذكَرَه صدْرُ الإسلامِ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «وإذا صحَّتِ الكتابةُ الحالَّةُ، فللمولىٰ أنْ [ق/٣٦٢و] يطالبَ المُكَاتَبَ ببدلِ الكِتَابَةِ في الحالِ، فإنْ أدَّاه عتق وإلا رُدَّ في الرِّقِّ إذا رَضِيَ بهِ، أو يَرْفَعُ الأمرَ إلىٰ القاضي حتىٰ يَرُدَّه، ولا تُفسخُ الكتابةُ إلَّا بقضاءٍ أو برضا». إلىٰ هنا لفظُ صدْرِ الإسلامِ ﷺ.

وإنْ قال: أخِّرْني ولهُ مالٌ حاضرٌ، أو غائبٌ يُرْجَىٰ قُدومُه؛ أُخِّرَ يومَيْنِ أو ثلاثةً؛ لأنَّ الإيفاءَ في مِثْلِ هذه المدَّةِ تعجيلٌ دونَ تأخيرٍ، كالمديونِ إذا قالَ: أبيعُ عبدي هذا وأقضي حقَّه، لَا يحبسُه القاضي ويُؤجِّلُه يومَيْنِ أو ثلاثةً، فكذا هنا[١].

كذا ذكَرَ الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه» ﷺ.

قوله: (قَالَ: وتجُوزُ كِتابةُ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ)، أي:

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الولوالجية» [٢/١٤٠].

لِتُحَقُّقِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، إِذْ الْعَاقِلُ مِنْ أَهْلِ الْقَبُولِ وَالتَّصَرُّفِ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ. وَالشَّافِعِيُّ ﷺ يُخَالِفُنَا فِي ذَلِكَ وَهُوَ بِنَاءٌ عَلَىٰ مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ فَلَا يَنْعَقِدُ انْعَقَدَ، حَتَّىٰ لَوْ أَدَّىٰ عَنْهُ غَيْرُهُ لَا يُعْتَقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ.

غاية البيان

قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مختصره»[1].

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا تَصِحُّ كِتَابَةُ العبدِ الصغيرِ[2].

وهذه المسألةُ فرْعٌ على الاختلافِ في جوازِ الإذنِ للصبيِّ في التِّجَارَةِ، فعندَنَا: يَجُوزُ ذلكَ خلافًا له؛ لأنَّه ليسَ مِن أهلِ التصرُّفِ، فلَا يَصِحُّ الإذْنُ لهُ.

ولنا: أنَّ الصبيَّ مِنْ أهلِ التصرُّفِ إذا كانَ يعْقِلُ البيْعَ والشراءَ، ونُقْصانُ رأيِه يَنْجَبِرُ بإذْنِ المولىٰ، فيَصِحُّ الإذْنُ؛ لأنَّه تصرُّفٌ نافعٌ.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في بابِ مُكَاتَبةِ الصغيرِ مِن «**مختصرِ الكافي**»: «وإذا كاتَبَ الرَّجُلُ عبدًا لهُ صغيرًا لَا يعقِلُ لَمْ يَجُزْ، وإنْ كانَ يعْقِلُ جازَ، ويكونُ كالعبدِ الكبيرِ في جميعِ أحكامِه، فإنْ كانَ لَا يعْقِلُ ولا يَتَكَلَّمُ فكاتَبَه، ثُمَّ أدَّىٰ عنه رَجُلٌ فقَبِلَها المولىٰ لَمْ يَعْتِقْ؛ فإني لوْ أجزتُ هذا لأجَزْتُ لوْ كاتَبَ رَجُلٌ ما في بطْنِ جارِيتِه. فجاءَ رَجُلٌ بعدَ ذلكَ فأدَّىٰ عنه أنَّه يَعْتِقُ، فليسَ هذا بشيءٍ، ويَرُدُّ المالَ إلىٰ صاحبِه»[3]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ ﷺ.

وذلكَ لأنَّ الجوازَ يَعْتَمِدُ القبولَ، والذي لَا يعْقِلُ ليسَ مِنْ أهلِ القبولِ، والذي يعْقِلُ مِنْ أهلِ القبولِ، ويَكُونُ كالعبدِ الكبيرِ في جميعِ أحكامِه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٧٩].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٤٣/١٨]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤١٩/٨]. و«روضة الطالبين» للنووي [٢٢٦/١٢].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْك أَلْفًا تُؤَدِّيهَا إلَيَّ نُجُومًا، أَوَّلُ النَّجْمِ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا، فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ؛ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِتَفْسِيرِ الكِتَابَةِ.

وقولُه: «ولوْ أجزْتُ هذا لأجَزْتُ لوْ كاتَبَ رَجُلٌ ما [٢/٥٣٣و] في بطنِ جاريتِه»، إشارةٌ إلىٰ أنَّ أداءِ الأجنبيِّ إنَّما يَصِحُّ إذا ابتنَىٰ علىٰ القبولِ، ولَمْ يُوجَدِ القبولُ لَا مِنَ الصبيِّ ولا مِنْ نائبه، وإنَّما يَرُدُّ المالَ إلىٰ صاحبِه؛ لأنَّه أدَّاه لمقصودٍ، ولَمْ يحْصُلْ ذلكَ المقصودُ، ولأنه أدَّاه بسببٍ باطلٍ، فلَمْ يَصِحَّ أداؤُه.

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وإنْ كانَ لَا يعْقِلُ لَا يَجُوزُ، إلَّا إذا قَبِلَ عنه إنسانٌ، فإنَّه يَجُوزُ ويتوقَّفُ علىٰ إدراكِه، فإنْ أدَّىٰ هذا القابلُ عَتَقَ.

والقياسُ: أَنْ[1] يَكُونَ لهُ استردادُه، وهوَ قولُ زُفَرَ رحمه الله، وفي الاستحسانِ: ليسَ لهُ ذلكَ.

قولُه: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْك أَلْفًا تُؤَدِّيهَا إلَيَّ نُجُومًا، أَوَّلُ النَّجْمِ كَذَا وآخِرُهُ كَذَا، فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ؛ فَإِنَّ هَذِهِ مُكَاتَبَةٌ)، وهذهِ منْ مسائلِ **«الجامعِ الصغيرِ»**.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ قالَ لعَبْدِهِ: قد جعلْتُ عليكَ ألفَ درهمٍ نجومًا أوَّلها كذا وآخِرُها كذا، كلّ نجْمٍ كذا، فإذا أدَّيْتَ فأنتَ حُرٌّ، وإنْ عجزْتَ فأنتَ [٦/٣٦٢ظ/م] رقيقٌ، قالَ: هذهِ مُكَاتَبَةٌ»[2].

قالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «وهذا استحسانٌ، والقياسُ: أَلَّا يَكُونَ مُكَاتَبَةً؛ لأنَّ ذِكْرَ النجومِ فضْلٌ في الكِتَابَةِ، فيُجْعَلُ وجودُ

(١) وقع بالأصل: «أن لا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٢].

ولوْ قَالَ: إذَا أَدَّيْتَ إلَيَّ أَلْفًا كلّ شَهْرٍ مِئَةً ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَهَذِهِ مُكَاتَبَةٌ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ رحمه الله ، لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ وَذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ.

غاية البيان

ذِكْرِها كعدمِها»(١).

وَوجْهُ الاستحسانِ: أنَّ العبرةَ في العقودِ للمعاني ، أَلَا ترىٰ أنَّ الكفالةَ بشرطِ بَرَاءَةِ الأصيلِ حَوالةٌ ، والحَوالةُ بشرْطِ مُؤاخذةِ الأصيلِ كفالةٌ ، والمُضَارَبَةُ بشَرْطِ الرِّبْح كلِّه لربِّ المالِ بضَاعةٌ ، وبشَرْطِه للمُضَاربِ إقراضٌ ، وقدْ وُجِدَ هاهنا معنىٰ المُكَاتَبَةِ ؛ لأنَّ معنىٰ المُكَاتَبَةِ المشروعةِ علىٰ سبيلِ السُّنَّةِ والعادةِ ، والذي عليه الإجماعُ ما قلْنا ، وعندَ الإطلاقِ يَصِحُّ ، فعندَ التفسيرِ أَوْلَىٰ.

فَإِنْ قُلْتَ: قدْ ذكَرَ قبْل هذا: (وَيَعْتِقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلِ الْمَوْلَىٰ إذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ) ، فكيف قَيَّدَ هنا بقولِه: (فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ ، وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ؟)

قُلْتُ: ذاكَ فيما إذا ثبتَ عَقْدُ الكِتَابَةِ صريحًا ، فحينئذٍ يَثْبُتُ الحُكْمُ بلَا تصريحٍ ؛ لأنَّ موجباتِ الأشياءِ تَثْبُتُ عَقِيبَ مباشرةِ السببِ بلَا تصريحٍ ، وهنا كلامنا في انعقادِ الكِتَابَةِ ، ولَمْ يُوجَدْ صريحٌ علىٰ ذلكَ ، فلَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِنْ ذَكْرِ ما يُؤَدِّي معنىٰ الكِتَابَةِ ، وذلكَ بمجموعِ ما قالَ في الكتابِ.

قولُه: (ولوْ قَالَ: إذَا أَدَّيْتَ إلَيَّ أَلْفًا كلّ شَهْرٍ مِئَةً ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَهَذِهِ مُكَاتَبَةٌ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ). ذكَرَها تفريعًا علىٰ مسألةِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في مختصرِه المُسمَّىٰ بـ«الكافي»: «وإذا قالَ: إنْ أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا كلّ شهرٍ مئةً ؛ فأنتِ حُرَّةٌ وقبِلَتْ(٢) ، فهذا مُكَاتَبَةٌ ، وليسَ لهُ أنْ يَبِيعَها ، وإنْ كسَرَتْ شهرًا واحدًا ، ثُمَّ أدَّتْ إليه ذلكَ الشهرَ ؛ كانَ جائزًا ، ولوْ قالَ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٣٣٨].

(٢) وقع بالأصل: «وقبل». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س».

. . . .

لها: إذا أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا في هذا الشهرِ فأنتِ حُرَّةٌ، فلَمْ تُؤَدِّ في ذلكَ الشهرِ، وأدَّتْه في غيرِه؛ لم تعتقْ».

قالَ أبو الفضلِ رحمه الله: «هكذا في روايةِ أبي سليمانَ هاتانِ المسألتانِ، وكذلكَ في كتابِ أبي يوسفَ رحمه الله، ووجدْتُ في روايةِ أبي حفصٍ وهشامٍ رحمهما الله بخلافِ ذلكَ في السياقِ والجوابِ».

قالَ: «ولوْ قالَ لها: إذا أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا كلّ شهرٍ مئةً؛ فأنتِ حُرَّةٌ، وقَبِلَتْ ذلكَ؛ فليسَتْ هذه بمُكاتَبةٍ، وله أنْ يَبِيعَها ما لَمْ تُؤَدِّ، فإنْ كسَرَتْ شهرًا واحدًا، وأدَّتْ إليه في غيرِ ذلكَ الشهرِ لم تَعْتِقْ، ألَا ترى أنَّه لوْ قالَ لها: إذا أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا في هذا الشهرِ فأنتِ حُرَّةٌ، فلَمْ تُؤَدِّها في ذلكَ الشهرِ وأدَّتْها في غيرِه؛ لم تَعْتِقْ»(١).

إلى هنا لفظُ أبي الفضلِ الحاكمِ الشهيدِ المَرْوَزِيِّ رحمه الله في بابِ العتقِ على المالِ.

أرادَ بإحدى المسألتيْنِ: قولَه: «ليسَ لهُ أنْ [٢/٥٣٣ظ] يَبِيعَها»، وبالأخرى قولَه: «فإنْ كسرَتْ شهرًا واحدًا ثُمَّ أدَّتْ إليه(٢)»، وبه صَرَّح شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي».

وَجْهُ روايةِ أبي سليمانَ: أنَّه أتى بمعنى الكِتَابَةِ، وهوَ الأداءُ منجَّمًا، وإنْ لَمْ يأتِ بلفظِ الكِتَابَةِ، والعبرةُ للمعاني، ألَا ترى أنَّ الهِبَةَ بشرطِ العِوَضِ بَيْعٌ، والكَفَالَةُ بشرطِ بَرَاءَةِ الأصيلِ حوالةٌ، والحوالةُ بشرطِ [٦/٣٦٣و/م] مُؤاخذةِ الكفيلِ كفالةٌ، ولهذا إذا استصنعَ وضربَ الأجلَ يَكُون سَلَمًا.

وَوجْهُ روايةِ أبي حفصٍ: أنَّه تعليقٌ بصورتِه، فلَا يُغَيَّرُ إلَّا لضرورةٍ، ولا

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٣].

(٢) وقع بالأصل: «أدت له». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

. . . .

ضرورة، وإنَّما قلْنا: إنَّه تعليقٌ؛ لأنَّه علّقَ العتقَ بأداءِ الألفِ في عشرةِ أشهرٍ، حيثُ قالَ: كلَّ شهرٍ مئة، ولوْ نصَّ عليه وقالَ: إنْ أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا في عشرةِ أشهرٍ فأنتِ حُرَّةٌ؛ لَا يَكُونُ كِتَابَةً، فكذا هذا.

غايةُ ما في البابِ: أنَّ فيه تنجيمًا، والتنجيمُ لَا يَدُلُّ على الكِتَابَةِ؛ لأنَّه ليسَ منْ خواصِّ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ الديونَ قد تَجِبُ مُنَجَّمَةً، وقدْ تَجِبُ حالَّةً، فلَا يَكُونُ آتِيًا بمعنى الكِتَابَةِ، بخلافِ الكَفَالَةِ بشرطِ بَرَاءَةِ الأصيلِ؛ لأنَّه أتى بمعنى الحوالةِ، وبخلافِ الِاسْتِصْنَاعِ إذا ضربَ فيه الأجلَ؛ لأنَّ الأجلَ مِن خصائصِ السَّلَم بالحديثِ.

فإنْ كسرَتْ شهرًا واحدًا، ثُمَّ أدَّتْ إليه ذلكَ الشهرَ كانَ جائزًا، وهذا على روايةِ أبي سليمانَ؛ لأنَّه جعلَها مُكَاتَبَةً، والمُكَاتَبُ إذا كسَر نجْمًا واحدًا ثُمَّ أدَّاه بعدَ ذلكَ يَعْتِقُ.

فأمَّا على روايةِ أبي حفصٍ ﵀: لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّه تعليقٌ فيُرَاعى فيه صورةُ الشرطِ، وقدْ فُقِدَ، فلَا يَعْتِقُ.

قالُوا في «شروحِ الكافي»: إن روايةَ أبي حفصٍ هيَ الأصحُّ.

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي» أيضًا: «وإذا قالَ: متى ما أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا فأنتِ حُرَّةٌ، فماتَ المولى؛ بَطَلَ هذا القولُ، فإنْ كانَ قالَ: إذا أدَّيْتِ إلَيَّ ألفًا بعدَ موتي فأنت حُرَّةٌ؛ فهذه وَصِيَّةٌ»(١). إلى هنا لفظُ الحاكمِ ﵀.

وإنَّما بطل بموتِ المولى؛ لأنَّه يمينٌ، فيَبْطُلُ بموتِ الحالِفِ كسائرِ الأيْمانِ، وإنَّما كان وَصِيَّةً في المسألةِ الثانيةِ؛ لأنَّه أضافَ العتقَ إلى ما بعدَ الموتِ، وهوَ لَا

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٣].

وَفِي نُسَخِ أَبِي حَفْصٍ ﷺ لَا يَكُونُ مُكَاتَبَةً اعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيقِ بِالْأَدَاءِ مَرَّةً.

قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَىٰ، وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ أَمَّا الْخُرُوجُ مِنْ يَدِهِ فَلِتَحْقِيقِ مَعْنَى الْكِتَابَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فَيَضُمُّ مَالِكِيَّةَ يَدِهِ

غاية البيان

يَمْلكُ الإعتاقَ بعدَ الموتِ، ولكنْ يَمْلكُ الإيصاءَ، وقدْ قصدَ إعتاقَها بألفِ درهمٍ بهذا الكلامِ، فيعتقها الوَصِيُّ بعدَ موتِه علىٰ ألفِ درهمٍ.

وأبو حفصٍ الكبيرُ: أحمدُ بنُ حفصٍ البُخَارِيُّ.

وأبو سليمانَ: موسىٰ بنُ سليمانَ الْجُوزَجَانِيُّ، كلاهما صاحبا محمدِ بنِ الحسنِ الشَّيْبَانِيِّ ﷺ، وقدْ رَوَيا عنه الكتبَ والأمالي، وُلِدَ أبو حفصٍ سنة خمسين ومئةٍ، وتُوفي سنة سبعَ عشرةَ ومئتيْنِ.

قولُه: (اعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيقِ بِالْأَدَاءِ مَرَّةً)، كما إذا قالَ: إذا أَدَّيْتَ إِلَيَّ ألفًا في هذا الشهرِ فأنتَ حُرٌّ، فكذلكَ لَا يَكُونُ كِتَابَةً، فكذا إذا قالَ: كلّ شهرٍ مئةً.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَىٰ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «فَيَجُوزُ لَهُ الْبَيْعُ والشراءُ والسَّفَرُ»[1].

أَمَّا خروجُه من يدِ المولىٰ: فباعتبارِ تحقيقِ معنىٰ الكِتَابَةِ، وهوَ الجمعُ والضمُّ، يُقَالُ: كَتَبْتُ البَغْلَةَ؛ إذا جمَعْتَ بَيْنَ شُفْرَيْها بحَلْقَةٍ، وفي عَقْدِ الكِتَابَةِ معنىٰ الضمِّ؛ لأنَّ بهِ تَحْصُلُ مالكيةُ اليدِ، فتَنْضَمُّ هذه المالكيةُ إلىٰ مالكيةِ نَفْس العبدِ له [٦/٣٦٣ط/م]، أَلَا ترىٰ أنَّ مولاه لَا يَمْلكُ نفسَه وإنْ كانَ يَمْلكُ رقبتَه، ولهذا لَا يَمْلكُ المولىٰ إتلافَ نفسِه بإزهاقِ رُوحِه، حتىٰ لوْ قتَله يَأْثَمُ، وإنْ كانَ لَا يَلْزَمُه القِصَاصُ؛ لشُبهةِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

إِلَىٰ مَالِكِيَةِ نَفْسِهِ أَوْ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْكِتَابَةِ وَهُوَ أَدَاءُ الْبَدَلِ فَيَمْلِكُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالْخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ نَهَاهُ الْمَوْلَىٰ.

غاية البيان

ولأنَّ المقصودَ مِنَ الكِتَابَةِ: الوصولُ إلىٰ العتقِ بأداءِ البدلِ، ولا يُمْكِنُ أداءُ البدلِ إلَّا بكونِه أخصَّ بمَكاسبِه، فإذا كانَ أخصَّ بمَكاسبِه؛ خرَجَ مِنْ يدِ المولىٰ لَا محالةَ، ولا يَجُوزُ [٣٤/٢ و] لمولاه أخْذُ شيءٍ مِنْ كَسْبِه بغيرِ رضاه حتىٰ يتوصَّلَ إلىٰ أداءِ البدلِ، وإنَّما جازَ بَيْعُه وشراؤُه لهذا المعنىٰ؛ لأنَّه يتوصَّلُ بذلكَ إلىٰ أداءِ مالِ الكِتَابَةِ.

وأمَّا عدمُ خروجِه مِنْ مِلْكِ المولىٰ: فَلِما رُوينَا مِن حديثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قالَ: «**الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ**»[١].

ولا يَلْزَمُ مِنْ زوالِ اليدِ زوالُ مِلْكِ الرَّقَبَةِ، أَلَا ترىٰ أنَّ الصبيَّ والمجنونَ لهما مِلْكُ الرَّقَبَةِ ولا يدَ لهما، والفرقُ بينَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ ومِلْكِ اليدِ مَرَّ في كتابِنا الموسومِ بـ«**التَّبيينِ**»[٢] في فصْلِ الرِّقِّ[٣].

وأمَّا جوازُ السَّفرِ له: فهوَ مذهبُنا، **وعند الشَّافِعِيِّ** ﷺ: لَا يَجُوز [له][٤] أنْ يُسافر[٥]. كذا في ....

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) جاء في حاشية: «ج»: «الكتاب المسمَّىٰ بـ: «التبيين» هو شرح «الكنز» المشهور بالزيلعي»! وهذا تعليق به غفلة مكشوفة، فالمراد بـ: «التبيين» هنا: هو «التَّبيين شرْح الأخسيكَثِيِّ» للمؤلف. وهو المراد مطلقًا كلما تكرَّر في كلام المؤلف.

(٣) ينظر: «التَّبيين شرح الأخسيكَثِيّ» للمؤلف [٢/٢٥٤ - ٢٥٧].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٥) ينظر: «الأم» للشافعي [٩/٣٦٢]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٧/٥٣٤]. وقال النووي في «المجموع شرح المهذب» [١٦/٢٦]: «إن أراد أن يسافر فقد قال في الأم: يجوز. وقال في الأمالي: لا يجوز بغير إذن المولىٰ، فَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: فِيهِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا يجوز لأن فيه=

وَأَمَّا عَدَمُ الْخُرُوجِ مِنْ مِلْكِهِ فَلِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاوَاةِ، ....

غاية البيان

«شرحِ الأقطعِ رحمه الله»(١)؛ لأنَّ السَّفَرَ جهةٌ يُقْصَدُ بها اكتسابُ المالِ، فجازَ للمُكَاتَبِ فِعْلُه وإنْ لَمْ يأذَنْ لهُ مولاهُ كالشراءِ والبَيْعِ، ولأنَّ الكِتَابَةَ مَعْنًى يُوجِبُ زوالَ يدِ غيرِه عنه، فيُسْتفادُ بِهِ السَّفَرُ كالعتقِ.

ولَا يُقَالُ: إنَّ السَّفَرَ فيه غررٌ وخطَرٌ، والمالُ فيه عُرْضةٌ لِلتَّوَى والتلَفِ، فلَا يَجُوزُ لهُ ذلكَ كالإقراضِ والهِبَةِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: ما كانَ الغالبُ منه السَّلَامَةَ لَا يُمْنَعُ منه باحتمالِ الهلاكِ، كالبِيَاعاتِ والأَشْرِبَةِ، حيثُ يَجُوزُ ذلكَ؛ لكونِ الغالب السَّلَامَةَ، ولا يُنْسَبُ الإنسانُ بِالسَّفَرِ إلى التفريطِ، ولوْ كانَ فيه غَرَرٌ لنُسِبَ إلى التفريطِ، وإنَّما لَا يَمْلِكُ المُكَاتَبُ القرْضَ والهِبَةَ؛ لأنَّه تبرُّعٌ وهوَ لَا يَمْلكُ التَّبَرُّعَ.

قولُه: (وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَمَبْنَاهُ عَلَى الْمُسَاوَاةِ)، هذا دليلٌ ثانٍ على عدمِ الخروجِ من مِلْكِ المولى.

بيانُه: أنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، والمُعَاوَضَةُ تقتضِي المُسَاوَاةَ مِنَ الجانِبَيْنِ، فمِثْلُ ما ثبتَ لأحدِهما يَثْبُتُ للآخرِ، ولَمْ يَثْبُتْ للعبدِ بهذا العقدِ المالكيةُ من كلِّ وَجْهٍ، حيثُ لم يَمْلِكْ رقبته قبْلَ أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، بلْ يَثْبُتُ لهُ نوعُ مالكيةٍ، وهيَ مالكيةُ اليدِ، فكذا لَا يَثْبُتُ للمولى في العبدِ حقٌّ من كلِّ وَجْهٍ، حيثُ لَا يَمْلِكُ المولى أكسابَه بلَا رضاه، فيَثْبُتُ لهُ حقٌّ من كلِّ وَجْهٍ، وهوَ مالكيةُ الرَّقَبَةِ، فيَكُونُ للمولى مالكيةُ الرَّقَبَةِ، وللمُكاتَبِ مالكيةُ اليدِ، فتتحقَّقُ المُسَاوَاةُ.

= تغريرًا، والثاني: يجوز لأنه من أسباب الكسب، ومنهم من قال: إن كان السفر طويلًا لم يجز، وإن كان قصيرًا جاز، وحمل القولين على هذين الحالين، والصحيح هو الطريق الاول».

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣١].

وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ بِتَنَجُّزِ الْعِتْقِ وَيَتَحَقَّقُ بِتَأَخُّرِهِ، لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهٍ.

فَإِذَا أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ مَا الْتَزَمَهُ إِلَّا مُقَابِلًا بِحُصُولِ الْعِتْقِ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ دُونَهُ.

قَالَ: وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ؛ لَزِمَهُ الْعُقْرُ؛ أَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلًا إِلَى الْمَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ وَهُوَ الْوُصُولُ إِلَى الْبَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ وَإِلَى الْحُرِّيَّةِ

غاية البيان

قولُه: (وَيَنْعَدِمُ ذَلِكَ) [٦/٣٦٤و/م]، أي: المُسَاوَاةُ على تأويلِ التساوي.

قولُه: (ثَبَتَ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ)، أي: ثبتَ للعبدِ مالكيةُ اليدِ.

قولُه: (وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهٍ)، أي: يَثْبُتُ للمولى في ذِمَّةِ المُكَاتَبِ حقٌّ مِن وَجْهٍ، وهوَ مِلْكُ الرَّقَبَةِ فحسبُ دونَ مِلْكِ اليدِ.

قولُه: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُوريِّ ﵀، وذلكَ لأنَّ الإعتاقَ إزالةُ مِلْكٍ مُتجزٍّ مُفْضٍ زوال كلّه إلى العتقِ، ومِلْكُ الرَّقَبَةِ ثابتٌ للمولى في المُكَاتَبِ، فكانَ لهُ أنْ يُزيلَه بالإعتاقِ، فإذا أعتقَه سَقَطَ بدلُ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ المقصودَ - وهو العتقُ - حَصَلَ بدونِ الأداءِ، فإنْ أعتقَ المُكَاتَبَ عنْ كفارةِ يمينِه جازَ عندَنا خلافًا للشَّافِعِيِّ[1] ﵀، وهي مسألةُ كتابِ الأيْمانِ، وقدْ مَرَّ بيانُها في فَصْلِ كفارةِ الظهارِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ؛ لَزِمَهُ الْعُقْرُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀ في «مختصرِه»[2]. وإنَّما يَجِبُ على المولى العُقْرُ بوطْءِ مُكاتَبتِه؛ لأنَّها بعقْدِ الكِتَابَةِ خرجَتْ مِن يدِ المولى، فصارَتْ أخصَّ بنفسِها منه حتى تَتَوَسَّلَ إلى المقصودِ

(١) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٧/٥١٧]، و«أسنى المطالب» للشيخ زكريا [٣/٣٦٤].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٧٩].

مِنْ حيثُ بناهُ عليهِ، ومنافعُ البُضعِ مُلحقةٌ بالأجزاءِ والأعيانِ.

وإنْ جنى عليها، أوْ على ولدِها؛ لزمتْهُ الجنايةُ ....

﴿ غاية البيان ﴾

الكتابة. والمقصودُ منها للمولى الوصولُ إلى بدلِ الكتابةِ، وللعبدِ الوصولُ إلى الحريّةِ بأداءِ البدلِ، وهذا المقصودُ لا يحصُلُ للمُكاتَبِ إلّا إذا كانَ المُكاتَبُ أخصَّ بنفسِه ومنافعِه، فلوْ لمْ يكُنْ أخصَّ بذلك من المولى لأتلفَ [٢/٥٣٤ظ] المولى منافعَه، فلا يحصُلُ المقصودُ حينئذٍ، فإذا كانَ كذلكَ؛ كانَ العُقْرُ واجبًا على المولى؛ لأنّ العُقْرَ بدلُ جُزءٍ من نفسِها، وهي أخصُّ بها.

قولُه: (بناهُ عليه)، أي: على البدلِ. يعْني: أن الحُرّيّة بناه على أداء بدل الكتابة.

قولُه: (وإنْ جنى عليها، أوْ على ولدِها؛ لزمتْهُ الجنايةُ)، هذا لفظُ القُدُوريِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ أتلفَ مالًا لها غرِمه»[1]، وذلك لأنّها بالكتابة خرجتْ منْ يدِ المولى، فصارتْ أخصَّ بنفسِها وبأكسابِها، والولدُ منْ أكسابِها أيضًا، فيلزم المولى جنايتُه عليها وعلى ولدِها ومالِها، حيثُ صارَ المولى كالأجنبيِّ في ذلك، ويصير كما لزم المولى أرْشُ الجنايةِ على العبدِ المرهونِ[2]. كذا في «الشرح الأقطع».

قالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في كتابِ الجناياتِ منْ «مختصره»: «وإذا جنى المُدبَّرُ على مولاه، أوْ رقيقِ مولاه، أوْ متاعِه؛ فهوَ هدرٌ كلّه، وكذلك إذا جنى على عبدِه فجنايتُه هَدَرٌ، ولا يَلْزَمُ المولى شيءٌ؛ لأنّه عبْدُه، وكذلك أمّ الولد في جنايتها على المولى وجنايةِ المولى [عليها][3] هدرٌ؛ لأنّها مملوكةٌ له، وما جنى عليها فأرْشُ ذلكَ للمولى.

---

(١) ينظر: المصدر السابق.
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق ١٣٣].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِمَا بَيْنَا وَإِنْ أَتْلَفَ مَالاً لَهَا غُرِّمَ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى كَالأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ إِكْسَابِهِ وَنَفْسِهِ، إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذَلِكَ لِأَتْلَفَهُ الْمَوْلَى فَيَمْتَنِعُ حُصُولُ الْغَرَضِ الْمُبْتَغَى بِالْعَقْدِ، وَاللهُ أَعْلَمَ.

غاية البيان

وأمَّا [٦/٣٦٤ظ/م] **المُكَاتَب**: فجنايةُ المولى عليه تَلْزَمُ المولى، وجنايةُ المُكَاتَبِ على سيِّدِه تَلْزَمُ المُكَاتَبَ، وكذا جنايةُ المولى على رقيقِ المُكَاتَبِ، أوْ مالِه يَلْزَمُ كلَّ واحدٍ منهما ما جنَى على صاحبِه في نفْسِه أوْ مالِه». إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

وقالَ **شمسُ الأئمةِ البَيْهَقِيُّ** ﷺ في «**كفايتِه**»: «جنايةُ المولى على مُكاتبِه عمدًا لَا تُوجِبُ القَوَدَ لأجْلِ الشُّبْهَةِ، ولوْ قتَلَ المُكَاتَبُ مولاه عمدًا يَجِبُ القَوَدُ؛ لِمَا عُرِفَ».

قولُه: (**لِمَا بَيَّنَا**)، إشارةٌ إلى قولِه: (**لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا**).

واللهُ أعلمُ.

فَصْلٌ
فِي الْمُكَاتَبَةِ الْفَاسِدَةِ

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَىٰ خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَىٰ قِيمَتِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ.

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي الْمُكَاتَبَةِ الْفَاسِدَةِ

ذكرَ المُكَاتَبَةَ الفَاسِدَةَ بعدَ المُكَاتَبَةِ الصحيحةِ؛ لأنَّ الفاسدَ مُضْمَحِلُّ الوصفِ دونَ الأصلِ، فكانَ الفاسدُ أحطَّ مرتبةً مِنَ الصحيحِ، فناسَبَ التأخيرَ.

قولُه: (وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَىٰ خَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ عَلَىٰ قِيمَتِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1]، وكذا إذا كانَ المولىٰ ذِمِّيًّا والعبدُ مسلمًا؛ لَا يَجُوزُ كِتابتُه علىٰ خَمْرٍ أو خنزيرٍ.

أمَّا إذا كانَ المولىٰ والعبدُ كافرَيْنِ: تَجُوزُ الكِتَابَةُ علىٰ خَمْرٍ، أو خنزيرٍ؛ لأنَّ الخَمْرَ والخِنْزِيرَ مالٌ في حقِّ الكافرِ، أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «الكافي» في أوَّلِ بابِ كِتَابَةِ أهلِ الكفرِ: «ذِمِّيٌّ ابتاعَ عبدًا مسْلمًا فكاتَبَه، قالَ: هوَ جائزٌ، ولا يُرَدُّ، فإنْ كاتَبَه علىٰ خَمْرٍ لَمْ يَجُزْ، فإنْ أَدَّىٰ الخَمْرَ عتَقَ وعليه قيمتُه، وكذلكَ إنْ كانَ المولىٰ هوَ المسْلمُ».

ثُمَّ قالَ: «ذِمِّيٌّ كاتَبَ عبدًا لهُ علىٰ خَمْرٍ، قالَ: هوَ جائزٌ، فإنْ أسلمَ العبدُ، قالَ: المُكَاتَبَةُ جائزةٌ، وعليه قِيمَةُ الخَمْرِ؛ وإنْ كاتَبَه علىٰ ميتةٍ أو دم لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ الخَمْرَ مالٌ، وهذا ليسَ بمالٍ، فإنْ أَدَّىٰ ما كاتَبَه عليه؛ لم يَعْتِقْ إلَّا أنْ يَكُونَ المولىٰ قالَ لهُ في المُكَاتَبَةِ: إذا أَدَّيْتَ إليَّ فأنتَ حُرٌّ، ثُمَّ أَدَّاهُ وقَبِلَه السيدُ، فيَعْتِقُ بقولِه:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

أَمَّا الْأَوَّل فَلِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُسْلِمُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ بَدَلاً فَيُفْسِدُ الْعَقْدُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ الْقِيمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا فِتَفَاحَشَتْ الْجَهَالَةُ وَصَارَ كَمَّا إِذَا كَاتَبَ عَلَىٰ ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، وَلِأَنَّهُ تَنْصِيصٌ عَلَىٰ مَا هُوَ مُوجِبُ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيمَةِ.

ـــــ غاية البيان ـــــ

أنتَ حُرٌّ، ولا يَعْتِقُ بالأداءِ، ولا يَرْجِعُ عليه السيدُ بشيءٍ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ في «الكافي».

ثُمَّ نَرْجِعُ إلىٰ ما قَالَ القُدُورِيُّ رحمه الله **فنقولُ**: أَمَّا فسادُ الكِتَابَةِ علىٰ خَمْرٍ أو خنزيرٍ: فلأنَّ المسلمَ مَنْهِيٌّ عنْ تمليكِ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ، وتملُّكهما حقًّا لله تعالىٰ، فكانَ البدلُ باطلًا، فإذا بَطَلَ البدلُ فسَدَ العقدُ؛ لأنَّ ما ليسَ بمُتَقَوِّمٍ لَا يَصْلُحُ بدلًا عمَّا هوَ مُتَقَوِّمٌ كما في البَيْعِ.

وأمَّا فسادُ الكِتَابَةِ علىٰ قِيمَةِ العبدِ: فلأنَّ القِيمَةَ مجهولةٌ جهالةً فاحشةً مِن حيثُ القَدْرُ، والجنسُ، والوصفُ.

أمَّا مِن حيثُ القَدْرُ: فلأنَّه لَا يعْلمُ أنَّ قيمتَه عشرون، أو ثلاثون، أو [٢/٥٣٥ظ] غيرُ ذلكَ.

وأمَّا منْ حيثُ الجنسُ: فمِنْ حيثُ إنَّه يحتمل أن يُقَوَّمَ بالذهبِ، أوِ الفضةِ، ولا يتميَّزُ أحدُهما مِنَ الآخرِ بمجرّدِ ذِكْرِ القِيمَةِ، فكانَ [٦/٣٦٥ظ/م] الجنسُ مجهولًا.

وأمَّا مِن حيثُ الوصفُ: فلأنَّه يَحْتَمِلُ الجيّدَ والرَّدِيءَ والوسطَ، فكانَ الوصفُ مجهولًا أيضًا، فإذا كانَتِ القِيمَةُ مجهولةً؛ كانَ البدلُ مجهولًا، وجهالةُ البدلِ تُوجِبُ فسادَ العقدِ كما في البَيْعِ.

فإنْ أَدَّىٰ القِيمَةَ عتَقَ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ الفَاسِدَةَ مُلْحَقةٌ بِالكِتَابَةِ الصحيحةِ عندَ

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

قَالَ: فَإِنْ أَدَّىٰ الْخَمْرَ عَتَقَ.

اتصالِ القبضِ بها في حقِّ إفادةِ الحُكْمِ، وهوَ العتقُ، وإنْ كاتبَه علىٰ ثوبٍ لم يُسَمِّ جنسَه؛ لَمْ يَجُزْ، فإنْ أدَّىٰ إليه ثوبًا لم يَعْتِقْ[١]. كذا ذكرَ الحاكمُ رحمه الله في «الكافي»، وذلكَ لأنَّ الجهالةَ في القِيمَةِ مستدركةٌ بالرجوعِ إلىٰ المُقَوِّمِينَ، فجازَ أن تَنْعَقِدَ الكِتَابَةُ معها، أمَّا تفاوُتُ أجناسِ الثيابِ ففاحشٌ، ولا يَرِدُ علىٰ ما قلْنا إذا كاتَبه علىٰ عبْدٍ، حيثُ تَصِحُّ الكِتَابَةُ، ويَجِبُ عليه قِيمَةُ عبْدٍ وسطٍ.

لِأَنَّا نَقُولُ: العبدُ معلومٌ، ووصْفُه مجهولٌ، وجهالةُ الصفةِ لَا تمنَعُ صحةَ العقدِ، وسَيَجِيءُ ذلكَ عندَ قولِه: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ). وكذلكَ إذا كاتَبه علىٰ دارٍ لَا يَجُوزُ كما في الثوبِ.

ثُمَّ الفرقُ بينَ الكِتَابَةِ الجائزةِ والفَاسِدَةِ: أنَّ في الفاسدِ يَرُدُّه المولىٰ في الرِّقِّ، ويفْسَخُ الكِتَابَةَ بغيرِ رضاه، وفي الجائزِ لَا يفْسَخُ إلَّا برضا العبدِ، وللعبدِ أنْ يَفْسَخَ في الجائزِ والفاسدِ جميعًا بغيرِ رضا المولىٰ[٢]. كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَدَّىٰ الْخَمْرَ عَتَقَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «ولزمَه أنْ يستَسْعَىٰ في قيمتِه»[٣]، وهذا الذي ذكرَه ظاهرُ الروايةِ عنْ أصحابِنا، وعليه نصَّ الحاكمُ رحمه الله في «الكافي»[٤].

وقالَ الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ «العيونِ»: «رَجُلٌ كَاتَبَ عبدًا علىٰ خَمْرٍ؛ فالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، فإنْ أدَّىٰ القِيمَةَ عتَقَ، وإنْ أَدَّىٰ الخَمْرَ لَا يَعْتِقُ، وهذا قولُ زُفَرَ رحمه الله، وقالَ أبو يوسفَ رحمه الله: أيّهما أَدَّىٰ عتَقَ. وروىٰ أبو يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه:

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٣].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/٤٥٠].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٨٠].
(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَداءِ قِيمَةِ الْخَمْرِ، لِأَنَّ الْبَدَلَ هُوَ الْقِيمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَداءِ الْخَمْرِ؛ لأَنَّهُ بدَلٌ صُورَةٍ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ مَعْنًى. وَعنْ أَبِي حنِيفة أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِذَا قَالَ: إِنْ أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْعِتْقُ بِالشَّرْطِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ وَلَا فَصْل فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمَيْتَةِ أَنَّ

أنَّه لَا يَعْتِقُ بأداءِ الخَمْرِ إلَّا أن يَقُولَ: إنْ أَدَّيْتَ فأنت حُرٌّ؛ فإنَّه يَعْتِقُ وعليه قِيمَةُ نفسِه»[١].

قالَ الفقيهُ: «هذا كلُّه بخلافِ روايةِ «المبسوطِ»، قالَ في روايةِ «المبسوطِ»: لَا يَعْتِقُ بأداءِ القِيمَةِ، ويَعْتِقُ بأداءِ الخَمْرِ، وإنْ لم يَقُلِ المولى: إذا أدَّيْتَ إلَيَّ فأنت حُرٌّ؛ فعليه قيمتُه»[٢]. إلى هنا لفظُ «العيونِ».

ثُمَّ زُفَرُ اعتبرَ القِيمَةَ فحسبُ؛ لأنَّ القِيمَةَ هوَ البدلُ في العقودِ الفَاسِدَةِ، كما في البَيْعِ الفاسدِ، فإنْ أدَّى القِيمَةَ عتَقَ وإلَّا فلَا، وأبو يوسفَ قالَ: إن كلَّ واحدٍ منْ عينِ الخَمْرِ وقيمتِها بدلُ الخَمْرِ باعتبارِ الصورةِ، والقِيمَةُ باعتبارِ المعنى، فعتَقَ إذا أدَّى أيَّهما كانَ.

وَجْهُ ما روى أبو يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لَا يَعْتِق بأداءِ عينِ الخَمْرِ إلَّا إذا قالَ: إذا أدَّيْتَ إلَيَّ فأنتَ حُرٌّ، أنَّ الكِتَابَةَ فيها معنى اليمينِ، باعتبارِ أنَّ العتقَ مُعَلَّقٌ بالأداءِ، وفيها معنى العقودِ؛ لأنَّها لَا تَبْطُلُ بالموتِ، ولوْ كانَتْ يمينًا لبطلَتْ بالموتِ، فإذا بَطَلَ معنى العقدِ باعتبارِ فسادِ [٦/٣٦٥ظ/م] البدلِ؛ بقِيَ معنى اليمينِ فيها، فوَجَبَ اعتبارُ الصريحِ بالشرطِ، فإذا وُجِدَ صريحُ الشرطِ عتَقَ بأداءِ عينِ

(١) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديّ [ص/٤٠٧].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيمَةِ الْخَمْرِ، لِأَنَّ الْبَدَلَ هُوَ الْقِيمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ صُورَةٍ، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيمَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْبَدَلُ مَعْنًى. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ إِذَا قَالَ: إِنْ أَدَّيْتُهَا فَأَنْتَ حُرٌّ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الْعِتْقُ بِالشَّرْطِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَى مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ وَلَا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمَيْتَةِ أَنَّ

غاية البيان

أَنَّه لَا يَعْتِقُ بأداءِ الخَمْرِ إلَّا أن يَقُولَ: إنْ أَدَّيْتَ فأنتَ حُرٌّ؛ فإنَّه يَعْتِقُ وعليه قِيمَةُ نفسِه»[1].

قالَ الفقيهُ: «هذا كلُّه بخلافِ روايةِ «المبسوطِ»، قالَ في روايةِ «المبسوطِ»: لَا يَعْتِقُ بأداءِ القِيمَةِ، ويَعْتِقُ بأداءِ الخَمْرِ، وإنْ لم يَقُلِ المولىٰ: إذا أَدَّيْتَ إِلَيَّ فأنتَ حُرٌّ؛ فعليه قيمتُه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ «العيونِ».

ثُمَّ زُفَرُ اعتبرَ القِيمَةَ فحسبُ؛ لأنَّ القِيمَةَ هوَ البدلُ في العقودِ الفَاسِدَةِ، كما في البَيْعِ الفاسدِ، فإنْ أدَّىٰ القِيمَةَ عتَقَ وإلَّا فلَا، وأبو يوسفَ قالَ: إن كلَّ واحدٍ منْ عينِ الخَمْرِ وقيمتِها بدلُ الخَمْرِ باعتبارِ الصورةِ، والقِيمَةُ باعتبارِ المعنىٰ، فعتَقَ إذا أَدَّىٰ أَيَّهما كانَ.

وَجهُ ما روىٰ أبو يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لَا يَعْتِق بأداءِ عينِ الخَمْرِ إلَّا إذا قالَ: إذا أَدَّيْتَ إِلَيَّ فأنتَ حُرٌّ، أنَّ الكِتَابَةَ فيها معنىٰ اليمينِ، باعتبارِ أنَّ العتقَ مُعَلَّقٌ بالأداءِ، وفيها معنىٰ العقودِ؛ لأنَّها لَا تَبْطُلُ بالموتِ، ولوْ كانَتْ يمينًا لبطلَتْ بالموتِ، فإذا بَطَلَ معنىٰ العقدِ باعتبارِ فسادِ [٦/٣٦٥ط/م] البدلِ؛ بقِيَ معنىٰ اليمينِ فيها، فوَجَبَ اعتبارُ الصريحِ بالشرطِ، فإذا وُجِدَ صريحُ الشرطِ عتَقَ بأداءِ عينِ

(١) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديّ [ص/٤٠٧].
(٢) ينظر: المصدر السابق.

الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ مَالٌ فِي الْجُمْلَةِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ الْعِتْقُ عِنْدَ أَدَاءِ الْعِوَضِ الْمَشْرُوطِ. أَمَّا الْمَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلاً فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ مَعْنَى الْعَقْدِ فِيهِ فَاعْتُبِرَ فِيهِ مَعْنَى الشَّرْطِ وَذَلِكَ بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ وَإِذَا عُتِقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الْخَمْرِ لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَى فِي قِيمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ الْعَقْدِ وَقَدْ تَعَذَّرَ بِالْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَ الْمَبِيعُ.

غاية البيان

الخَمْرِ، وإلَّا فلَا.

وَوجْهُ ما ذكرَ في «الأصلِ»: أنَّ قولَه: «كاتبتُكَ على كذا» يَقْتَضِي أداءَ ذلكَ مِن طريقِ الحُكْمِ، فكأنَّه شرطَ ذلكَ صريحًا، فإذا وُجِدَ أداءُ ذلكَ الشيءِ الذي كاتَبَ[1] عليه ـ وهو الخَمْرُ فيما نحنُ فيه ـ عتَقَ؛ لأنَّه صارَ كأنَّهُ ذكرَ الشرطَ صريحًا.

ثُمَّ إذا عتَقَ بأداءِ الخَمْرِ وجبَتْ قيمتُه؛ لأنَّ العقدَ الفاسدَ إذا تَلِفَ فيه المعقودُ عليه وجَبَ [٥٣٥/٢ظ] فيه القِيمَةُ كالمَبيعِ إذا تَلِفَ في البَيْعِ الفاسدِ في يدِ المُشْتَرِي.

وقدْ ذكرَ في «الأصلِ»: إنْ كاتَبه على ميتةٍ أو دمٍ لَمْ يَجُز، فإنْ أدَّى المَيْتَة أوِ الدمَ لَا يَعْتِق إلَّا إذا صرَّح بالشرطِ، وقالَ: إذا أدَّيْتَ المَيْتَةَ أوِ الدمَ فأنتَ حُرٌّ، فحينئذٍ يَعْتِقُ لأجْلِ اليمينِ، لَا لأجْلِ الكِتَابَةِ، ولا يَلْزَمُه شيءٌ؛ لأنَّ العتقَ حَصَلَ بقضيةِ التعليقِ، لَا بقضيةِ المُعَاوَضَةِ.

والفرقُ بينَ الخَمْرِ وبينَ المَيْتَةِ والدمِ على روايةِ «الأصلِ»: أنَّ المَيْتَةَ والدمَ لَا قِيمَةَ لهما، فلَمْ يَتضَمَّنْ ذِكْرُهما معنى العِوَضِ، فاعْتُبِر معنى الشرطِ، فإذا لَمْ يُوجَدِ الشرطُ لَا يَعْتِقُ إذا أدَّى المَيْتَةَ أوِ الدمَ؛ لأنَّهما لَا يَصْلُحانِ عِوَضًا لعدمِ المالية، وليسَ كذلكَ الخَمْرُ والخِنْزِيرُ، فإنَّ كُلًّا منهما مالٌ في الجملةِ، وإنَّما بَطَلَ تَقَوُّمُهما في حقِّ المسلمِ، فإذا كانَ مالًا في الجملةِ؛ كانَ العقدُ واقعًا على بدلٍ،

(١) وقع بالأصل: «الذي كانت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَلَا يُنْقَصُ عنِ الْمُسَمَّىٰ، وَيُزَادُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ الْقِيمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ الْمُبْدَلِ بَالِغَةً مَا [١٢٦/ر] بَلَغَتْ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَوْلَىٰ مَا رَضِيَ بِالنُّقْصَانِ وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ؛ كَيْلَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي الْعِتْقِ

غاية البيان

وموجبُ ذلكَ العتقُ عندَ أداء البدلِ، فعتَقَ بأدائِه.

يحقِّقُه: أنَّ البَيْعَ لوْ وقَعَ بخمرٍ، فقبضَ المُشْتَرِي المَبِيعَ بإذْنِ البَائِعِ؛ مَلَكه بِالقِيمَةِ، ولوْ وقعَ المَبِيعُ بِالمَيْتَةِ أوِ الدم، فقَبَضَ المَبِيعَ لم يَمْلِكه؛ لأنَّهما ليسا بمالٍ أصلًا، فكانَ العقدُ بلَا بدلٍ، فلَا تَنْعَقِدُ الكِتَابَةُ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يُنْقَصُ عنِ المُسَمَّىٰ، وَيُزَادُ عَلَيْهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»[١]، وذلكَ لأنَّ العقدَ فاسدٌ لفسادِ بدَلِه، وفي العقودِ الفَاسِدَةِ تُعْتَبَرُ القِيمَةُ بالغةً ما بلغتْ كما في البَيْعِ الفاسدِ، فكذا هنا.

وتحقيقُه: أنَّ المولىٰ ما رَضِيَ بأقلَّ مِنَ المُسمَّىٰ، فلَا يَجُوزُ إبطالُ حقِّه بالتنقيصِ عنِ المُسمَّىٰ، والعبدُ رَضِيَ بالزيادةِ علىٰ المُسمَّىٰ ظاهرًا؛ لأنَّ الواجبَ هنا هوَ القِيمَةُ، والقِيمَةُ إذا كانَتْ زائدةً ولم يَرْضَ العبدُ بالزيادةِ؛ يَكُونُ العقدُ منفسخًا، ويُبْقَىٰ العبدُ في ذُلِّ الرِّقِّ إلىٰ آخرِ عُمرِه، فلهذا قلْنا: إنَّه رَضِيَ بالزيادةِ استجلاءً بالشرفِ الحُرِّيَّة، فيَجِبُ عليه فضلُ القِيمَةِ علىٰ المُسمَّىٰ.

قالَ في «المختلفِ»: «إذا كَاتَبَ عبْدَه علىٰ ألفٍ وعلىٰ خدمتِه أبدًا، فسدَتِ الكِتَابَةُ؛ لأنَّه شرْطٌ يخالفُ قضيةَ العقدِ، وإنْ أدَّىٰ الألفَ عتَقَ بحُكْمِ الشرطِ، فإنْ كانَ الألفُ أقلَّ مِنْ قيمتِه يأخُذُ المولىٰ منه تمامَ القِيمَةِ بالإجماعِ؛ لأنَّ المقبوضَ بحُكْمِ العقدِ الفاسدِ مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ، وإنْ كانَ أكثرَ مِن قيمتِه يَسْتَرِدُّ المُكَاتَبُ الفضْلَ عندَ زُفَرَ ﵀، وعندَنا: لَا يَسْتَرِدُّ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

صار فتجب بالغة ما بلغت، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة؛ لأنه هو البدل، وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد، بخلاف ما

غاية البيان

له: أن العقد الفاسد [٣٦٦/٦و/م] يوجب ضمان القيمة لا الأكثر كما في البيع الفاسد.

ولنا: أن العتق حصل هاهنا بحكم الشرط، وهو أداء الألف، فلو استرد شيئًا نقص بعض الشرط، فلا يعتق، بخلاف البيع؛ لأن معنى الشرط فيه غير مُراعى»[1].

والحاصل: أن في البيع يُعتبر العقد ولا يُعتبر الشرط، والعقد لا يُوجب أكثر من القيمة. وفي الكتابة يُعتبر معنى العقد والشرط جميعًا، فكان هذا مشروط العقد بالعتق. فلا يسترد. كذا في «الحصر».

قوله: (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة)، هذا يتصل بما ذكر أولًا؛ لأنه قال أولًا: (وإذا كاتب المسلم عبده على خمر، أو خنزير، أو على قيمته، فالكتابة فاسدة)، ثم قال: (فإن أدى الخمر عتق).

ثم احتاج بعد بيان ذلك إلى أن يذكر حكم أداء القيمة فيما إذا كاتبه على قيمته فقال: (يعتق بأداء القيمة)؛ لأنه هو البدل، وقد (أمكن اعتبار معنى العقد)، أي: معنى المعاوضة؛ لأن القيمة تصلح عوضًا، وأثر جهالة القيمة في فساد العقد لا في إبطال العقد، فإذا أدى القيمة عتق؛ لأن الكتابة الفاسدة ملحقة بالكتابة الصحيحة عند اتصال القبض في إفادة الحكم، وهو العتق.

وفيما إذا كاتبه على ثوب فأدى ثوبًا لا يعتق؛ لتفاحش الجهالة، وهنا يعتق بأداء القيمة وإن كانت القيمة مجهولة في الأصل، لأن الجهالة في القيمة مستدركة [٣٦٠/٦ و]، وقد مرَّ بيانه قبل هذا.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٣٣١/٣].

إِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ ثَوْبٍ حَيْثُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ فِيهِ عَلَىٰ مُرَادِ الْعَاقِدِ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِ الثَّوْبِ فَلَا يَثْبُتُ الْعِتْقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ.

غاية البيان

قالَ الإمامُ ظهيرُ الدِّينِ إسحاقُ **الوَلْوَالِجِيُّ** رحمه الله في «**فتاواه**»: «ولوْ كاتَبَه علىٰ قيمتِه لَمْ يَجُزْ، فإنْ أدَّاها عتَقَ.

أمَّا عدمُ الجوازِ: فلأنَّ قِيمَةَ العبدِ لَا تصْلُحُ مهرًا حتىٰ لوْ تزوَّجَ امرأةً علىٰ قِيمَةِ هذا العبدِ لَا تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ، وما لَا يَصْلُحُ مهرًا في بابِ النِّكَاحِ لَا يَصْلُحُ بدلًا في بابِ الكِتَابَةِ بالطريقِ الأَولَىٰ[1].

وأمَّا العتقُ عندَ الأداءِ: فلأنَّ في الكِتَابَةِ شَيْئَيْنِ: مُعَاوَضَةً وتعليقًا، فأيَّ المعنَيَيْنِ اعتَبَرْنا يَعْتِقُ.

أمَّا المُعَاوَضَةُ: فلأنَّ القِيمَةَ تَصِيرُ عِوَضًا؛ لأنَّ العقدَ فاسدٌ.

وأمَّا التعليقُ: فلأنَّ العتقَ يتعَلَّقُ بأداءِ القِيمَةِ، وقدْ وُجِدَ.

ولوْ كاتَبَه علىٰ ثوبٍ لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ ما سَمَّىٰ لَا يَصْلُحُ مهرًا في بابِ النِّكَاحِ، فلَا يَصْلُحُ بدلًا في الكِتَابَةِ، فإنْ أدَّىٰ لم يَعْتِقْ؛ لأنَّ المُسمَّىٰ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا في المُعَاوَضَاتِ بحالٍ، فلَا يتعَلَّقُ العتقُ بأدائِه؛ لأنَّ العتقَ يتعَلَّقُ بأداءِ العِوَضِ بخلافِ القِيمَةِ؛ لأنَّه يَصْلُحُ عِوَضًا في المُعَاوَضَاتِ؛ لأنَّها مَعْلُومَةُ الجنسِ، وتَصِيرُ مَعْلُومَةَ القَدْرِ إذا أدَّىٰ أقصىٰ قيمتِه وهي مَلْفوظة، فيتعَلَّقُ العتقُ بأدائِها»[2]. كذا في «**فتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ**».

ثُمَّ قالُوا: يُعْتَبَرُ في القِيمَةِ ما تصادَقا عليه؛ لأنَّ الحقَّ لهما فلَا يَعْدوهما،

---

(١) وَجْه الأَوْلَويَّة: لأن النكاح ينعقد بلا ذِكْر العِوَض ـ وهو العِوَض ـ أصلًا، ولا تنعقد الكتابة بلا ذِكْر العِوَض. كذا جاء في حاشية: «م»، و«س».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الولوالجية» [١٤١/٢].

قَالَ: وَكَذَا إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ. وَمُرَادُهُ شَيْءٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، حَتَّى لَوْ قَالَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى هَذِهِ الْأَلْفِ

غاية البيان

وكذا إذا قوَّمَ المُقَوِّمانِ، فإنِ اختلَف المُقَوِّمُونَ في القِيمَةِ يُعْتَبرُ أقصَى القيمتَيْنِ؛ لأنَّ شرْطَ العتقِ لَا يَثْبُتُ إلَّا بِيقينٍ.

قولُه: (قَالَ: وَكَذَا إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ؛ لَمْ يَجُزْ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵃ [٦/٣٦٦ظ/م]: في الرَّجُلِ يُكاتِبُ عبْدَه على قيمتِه، قالَ: لَا تَجُوزُ المُكَاتَبَةُ، وكذلكَ لوْ كَاتَبَ على شيءٍ بعَيْنِه [لغيرِه][1]؛ لَمْ تَجُزِ المُكَاتَبَة»[2]. إلى هنا لفظُ محمدٍ ﵀ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «الكافي»: «فإنْ كاتبَها على عبْدٍ بعَيْنِه لرَجُلٍ لَمْ يَجُزْ، وكذلكَ كلّ ما عيَّنَه مِن مالِ غيرِه مِن عَرْضٍ، أوْ مكيلٍ، أوْ مَوْزونٍ، فإنْ قالَ: كاتبتُك على ألفِ فلانٍ هذه؛ جازتِ المُكَاتَبَةُ؛ لأنَّها تقع على مِثْلِها، فإنْ أدَّتْ غيرَها عتَقَتْ، وكذلكَ إنْ قالَ: كاتِبْنِي على ألفِ درهمٍ على أنْ أُعْطِيَها مِنْ مالِ فلانٍ»[3]. إلى هنا لفظُ الحاكمِ ﵀. وهذا ظاهرُ الروايةِ، ولم يتعرَّضْ للإجارةِ كما ترى.

وقالَ القُدُورِيُّ ﵀ في كتابِ «التقريبِ»: «ورَوَى ابنُ سَمَاعَةَ عنْ أبي يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵄: أنَّها لَا تَجُوزُ وإنْ أجازَ ـ أي: صاحبُ العبدِ ـ، وقالَ أبو يوسفَ ﵀: الكِتَابَةُ جائزةٌ. وقالَ محمدٌ ﵀: إنْ أجازَ صاحبُ العبدِ جازَتْ، وإلَّا بطلَتْ». إلى هنا لفظُ كتابِ «التقريبِ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٢].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٣].

الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لِغَيْرِهِ جَازَ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ فِي الْمُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمِ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاهُ الْحَسَنُ رحمه الله أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّىٰ إِذَا مَلَكَهُ

﴿ غاية البيان ﴾

يَعْنِي: أنَّ الكِتَابَةَ جائزةٌ عندَ أبي يوسفَ رحمه الله مِنْ غيرِ إجازةٍ.

وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله **في عدمِ الجوازِ**: إذا لم يُجِزْ صاحبُ العبدِ ظاهرٌ؛ لأنَّه كاتَبَه علىٰ ما لَا يَقْدِرُ علىٰ تسليمِه؛ لأنَّ المولىٰ لم يَرْضَ بثبوتِ حُرِّيَّةِ اليدِ للعبدِ في الحالِ مِنْ غيرِ بدلٍ يَلْزَمُه في الحالِ.

أمَّا إذا أجازَ صاحبُ العبدِ: ففيه روايتانِ، قالَ العَتَّابِيُّ رحمه الله في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «فلوْ أنَّ العبدَ اشترىٰ ذلكَ العبدَ، أوْ وهبَ لهُ وأدَّىٰ، أوْ أجازَ صاحبُ العبدِ تسليمَه، **في روايةِ الحسنِ**: يَعْتِقُ، وفي **ظاهرِ الروايةِ**: لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ وقعتْ باطلةً، والباطلُ لَا حُكْمَ لهُ إلَّا إذا ذكرَ التعليقَ بأنْ قالَ: كاتبتُك علىٰ عبْدِ فلانٍ، علىٰ أنَّكَ إنْ أدَّيْته إلَيَّ فأنتَ حُرٌّ، فحينئذٍ يَعْتِقُ بحُكْمِ التعليقِ إذا أدَّىٰ[1]».

بيانُه: أنَّ الإجازةَ إذا لَحِقَتِ العقدَ ملَكَ المُكَاتَب، ثُمَّ ملَكَ المولىٰ عليه، وتَصِيرُ الكِتَابَةُ فيه عندَ الإجازةِ، كأنَّهُ كاتَبَه علىٰ عبْدِ نفسِه، وهذا لَا يَجُوزُ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ علىٰ مالِ المولىٰ لَا تَجُوزُ، كالمأذونِ[2] [٢/٥٣٦ظ] إذا اشترىٰ عبْدًا فكاتَبه المولىٰ عليه، وليسَ كذلكَ إذا باعَ دارَه بمِلْكِ الغيرِ، فأجازَ المالكُ؛ لأنَّ العينَ يَمْلكُها المُشْتَرِي وهوَ حُرٌّ، فيَجُوزُ أنْ يَملكَ البَائِعُ مِنْ جهتِه، وفي مسألتِنا يَسْتحقُّها وهوَ مُكَاتَبٌ، فلَا يَملكُها، وإنَّما يَكُونُ علىٰ حُكْمِ مِلْكِ المولىٰ، فيَصِيرُ كمَنْ كَاتَبَ

(١) لأن المُكاتب التزَم بقبول الكتابة: تسليمَ البدل، والتزامُه بتسليم مِلْك الغير باطل؛ لأنه ليس تحت قُدرته، ولا في ثاني الحال، بخلاف النقد فإنه يلزمه في ذِمّته، وله ولاية على ذِمّته في الإلتزام وقُدرة على الأداء بما هو مُوجِب الكتابة، وهو مِلْك العبد في المَكاسِب. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) مسألة المأذون ذكرها القدوري في: «التقريب». كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س»، و«ن».

وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ؛ لِأَنَّ الْمُسَمَّى مَالٌ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ

غاية البيان

على مِلْكِ نفسِه.

وَجْهُ روايةِ الجوازِ: أَنَّها كِتَابَةٌ على بدلٍ معلومٍ مقْدورِ التَّسْليمِ، أَلَا ترى أَنَّه لوْ كانَ مِثْل هذا في البَيْعِ جازَ البَيْعُ، فإِنَّ مَنْ باعَ مالَه مِنْ إنسانٍ بعبْدِ غيرِه إذا أجازَ صاحبُ العبدِ البَيْعَ جازَ البَيْعُ، فالكِتَابَةُ بعبْدِ الغيرِ أَوْلَى أَنْ [٦/٣٦٧و/م] تَجُوزَ؛ لأَنَّ الكِتَابَةَ أقربُ إلى الجوازِ مِنَ البَيْعِ؛ لأَنَّ الكِتَابَةَ لَا تَبْطُلُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ، بخلافِ البَيْعِ، وهذا لأَنَّه يَقْدِرُ على تسليمِ العبدِ إذا أجازَ صاحبُ العبدِ، فَيُسَلِّمُ العبدُ إلى المولى ويَعْتِقُ، ثُمَّ يَضْمَنُ قِيمَةَ العبدِ لصاحبِ العبدِ.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله **في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»**: «لوْ أجازَ صاحبُ ذلكَ الشيءِ هل تَجُوزُ الكِتَابَةُ؟ قالَ: الروايةُ عنْ علمائِنا رحمهم الله في هذا مُشْتبهةٌ، فقالَ بعضُ المشايخِ: تجوزُ. **وقالَ بعضُهم**: لَا تجوزُ». إلى هنا لفظُ الفقيهِ رحمه الله.

وَوجْهُ: ما رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ رحمه الله: وهوَ أَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ يَجُوزُ، سواءٌ أجازَ صاحبُ ذلكَ المالِ أوْ لمْ يُجِزْ، إِلَّا أَنَّه إذا أجازَ يَلْزَمُه تسليمُ تلكَ العينِ، وإِنْ لَمْ يُجِزْ يَلْزَمُه تسليمُ القِيمَةِ؛ أَنَّه عَقْدٌ على العتقِ، فجازَ على مِلْكِ الغيرِ كالعتقِ على مالٍ.

وَوجْهُ قولِ محمدٍ رحمه الله: أَنَّ مِلْكَ الغيرِ يَدْخُلُ في العقدِ موقوفًا على الإجازةِ كما في البَيْعِ، فإِنْ وُجِدَ الإجازةُ جازَ وإِلَّا فلَا، ولأَنَّ البَيْعَ لَمَّا جازَ عندَ الإجازةِ فالكِتَابَةُ أَوْلَى؛ لأَنَّ الكِتَابَةَ لَا تُفْسِدُها الشروطُ، فصارَتْ كالتزويجِ على مالِ الغيرِ.

وهذا إذا كاتَبَه على مالِ الغيرِ وهوَ عينٌ، أَمَّا إذا لَمْ يَكُنْ عيْنًا، كما إذا كاتَبَه على ألفِ فلانٍ هذه؛ جازتِ الكِتَابَةُ؛ لأَنَّ الدراهمَ والدنانيرَ لَا تتعيَّنانِ في عقودِ المُعَاوَضَاتِ، فصارَ ذِكْرُها للتقديرِ بها جنسًا ووصْفًا، فإِنْ أَدَّتْ تلكَ الألفَ أوْ ألفًا أُخرى عتقَتْ، وكذلكَ لوْ قالَ: كاتِبْني على درهمٍ على أَنْ أُعْطيكَها مِن مالِ فلانٍ؛

فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ.

قُلْنَا: الْعَيْنُ فِي الْمُعَاوضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالْقُدْرَةُ عَلَىٰ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصِّحَّةِ إِذَا كَانَ الْعَقْدُ يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَىٰ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعَلَىٰ مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ أُولَىٰ. فَلَو أَجَازَ صَاحِبُ الْعَيْنِ ذَلِكَ فَعَنْ مُحَمَّدٍ ﵀ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ الْبَيْعُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ فَالْكِتَابَةُ أَوْلَىٰ.

غاية البيان

لأنَّ هذا شرْطٌ فاسدٌ، فلَا تَفْسُدُ بهِ الكتابةُ.

قولُه: (فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ)، أي: أشبهَ بدلُ الكِتابَةِ مِن مالِ الغيرِ صداقَ المرأةِ مِن مالِ الغيرِ.

يَعْنِي: إذا تزوَّجها علىٰ مالِ الغيرِ جازَ، حتىٰ إنَّ صاحبَ المالِ إذا لم يُجِزْ كانَ للمرأةِ أنْ ترْجعَ علىٰ الزوجِ بقيمةِ ذلكَ الشيءِ، ولوْ كانَ التَّسْمِيَةُ فَاسِدَةً لرجعَتْ عليه بمهرِ المِثْلِ لَا بِالقِيمَةِ، فكذا في الكِتَابَةِ علىٰ مالِ الغيرِ، فكانَ توَهُّمُ القدرةِ علىٰ التَّسْلِيمِ كافيًا في الصداقِ، فكذا في الكِتَابَةِ.

والجامعُ: أنَّ كلَّ واحدٍ مِنْ بدلِ الكِتَابَةِ والصداقِ عِوَضٌ ما ليسَ بمالٍ.

والجوابُ عنْ هذا: أنَّ العينَ في بابِ المُعَاوَضَاتِ تُعْتَبَرُ معقودًا عليها، والقدرةُ علىٰ تسليمِ المعقودِ عليه شرْطُ صحةِ العقدِ، ولهذا لَمْ يَجُزْ بَيْعُ الآبِقِ إذا كانَ العقدُ ممَّا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، [كَالبَيْعِ والكِتَابَةِ تَحتَمِلُ الفَسْخَ][1]، فكانَ القدرةُ علىٰ تسليمِ العينِ شرطًا، وهوَ لَا يَقْدِرُ علىٰ تسليمِ عبْدِ الغيرِ، فلَمْ تَجُزِ الكِتَابَةُ.

بخلافِ الصداقِ علىٰ مالِ الغيرِ، فإنَّ القدرةَ علىٰ تسليمِه ليسَ بشَرْطٍ؛ لأنَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَعنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّه لَا يَجُوزُ؛ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ الْمَكَاسِبِ وَهُوَ الْمَقْصُودُ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ

غاية البيان

النِّكَاحَ لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، وذلكَ لأنَّ القدرةَ في بابِ النِّكَاحِ علىٰ ما هوَ المقصود بِالنِّكَاحِ ـ وهو مَنَافِعُ البُضْعِ ـ ليسَ بشَرْطٍ، حتىٰ لوْ تزوَّجَ رضيعةً [٦/٣٦٧ظ/م] جازَ، فعلىٰ ما هوَ فضلُه وتابعٌ أَوْلَىٰ أَلَّا تَكُونَ شرطًا، وهوَ الصداقُ، أَلَا ترىٰ أنَّ النِّكَاحَ بلَا ذِكْرِ الصداقِ يَصِحُّ، والكِتَابَةُ بلَا ذِكْرِ البدلِ لَا تَصِحُّ، فظهَرَ الفرقُ.

قولُه: (وَعنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه [٢/٥٣٧و]: أَنَّه لَا يَجُوزُ)، أي: وإنْ أجازَ صاحبُ العبدِ[1]، وهوَ روايةُ ابنِ سَمَاعَةَ عنْ أبي يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وقدْ مَرَّ ذلكَ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ)، أي: في «الجامع الصغيرِ»، أشارَ بهِ إلىٰ قولِه: (وَكذلكَ إنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ؛ لَمْ يَجُزْ)؛ لأنَّه أطلقَ، فكانَ شاملًا للإجازةِ وعدمِ الإجازةِ.

قولُه: (وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا)، أي: بينَ ما إذا لم يُجِزْ صاحبُ العبدِ، حيثُ لَا يَجُوزُ عَقْدُ الكِتَابَةِ، وبينَ ما إذا أجازَ، حيثُ لَا يَجُوزُ أيضًا.

بيانُ الجامعِ: أنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ علىٰ مالِ الغيرِ إذا كانَ عينًا لَا يفيدُ مقصودَ العقدِ مِنْ قِبَلِ أنَّ الكِتَابَةَ وُضِعَتْ علىٰ وَجْهٍ يَخْتَصُّ العبدُ بالأكسابِ، فيثْبُتُ حُرِّيَّةُ اليدِ في الحالِ، وتتأخَّرُ حُرِّيَّةُ الرَّقَبَةِ إلىٰ وَقْتِ الأداءِ مِنْ مالٍ اكتَسَبَه، والبدلُ إذا كانَ مُعيَّنًا لَا يَكُونُ ذلكَ مِن مالٍ اكتَسَبَه، فلَا يُحْتاجُ حينئذٍ إلىٰ أداءِ البدلِ مِنَ المَكاسِبِ، فلَا يَكُونُ الشرطُ مفيدًا.

والتحقيقُ هنا: ما ذَكَرْنا أوّلًا مِنْ قِبَلِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

قولُه: (لِأَنَّهَا)، أي: لأنَّ الكِتَابَةَ (مِنْهَا)، أي: مِنَ المكاسِبِ، (وَلَا حَاجَةَ)،

---

(١) وقع بالأصل: «صاحب اليد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِلْحَاجَةِ إِلَى الأَدَاءِ مِنْهَا وَلَا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ البَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا، وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ عَلَىٰ مَا بَيْنَاهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀ أَنَّهُ يَجُوزُ، أَجَازَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يُجِزْ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ يَجِبُ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَجِبُ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهِ مَالاً. وَلَوْ مَلَكَ الْمُكَاتِبُ ذَلِكَ الْعَيْنَ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ ﵀ أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لَا يُعْتَقُ، وَعَلَىٰ هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ: إِذَا أَدَّيْتَ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﵀. [١٢٦/ط] وَعَنْهُ أَنَّهُ: يَعْتِقُ، قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ،

غاية البيان

أي: إلىٰ الأداءِ مِنَ المكاسِبِ.

قولُه: (وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ)، أي: وَضْعُ المسألةِ فيما إذا كانَ البدلُ مُعَيَّنًا.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، أشارَ بهِ إلىٰ قولِه: (وَمُرَادُهُ شَيْءٍ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ)؛ كالعبدِ، والثوبِ، والمكيلِ، والمَوْزُونِ، سوىٰ الدراهمِ والدنانيرِ.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ الْعَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ: إِذَا أَدَّيْتَ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ)، أشارَ بهذه الروايةِ إلىٰ ما رَوىٰ أبو يوسفَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵄: أنَّه إذا أدَّاه لَا يَعْتِقُ، يَعْنِي: إذا أَدَّىٰ المُكَاتَبُ تلكَ العينَ التي للغيرِ إذا مَلَكَها بعدما كُوتِبَ عليها.

قولُه: (وَعَنْهُ أَنَّهُ: يَعْتِقُ، قَالَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ)، أي: رُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﵀ أنّه قالَ: [يَعْتِقُ][1]، يَعْنِي: إذا أَدَّىٰ تلكَ العينَ بعدما مَلَكَها بوجهٍ مِنَ الوجوهِ، سواءٌ قالَ لهُ المولىٰ: إنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلفًا فأنتَ حُرٌّ أوْ لم يَقُلْ، كما إذا كاتَبَه علىٰ خَمْرٍ فأدَّاها.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لِأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ مَعَ الفَسَادِ لِكَونِ المُسَمَّىٰ مَالًا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ المَشْرُوطِ.

ولَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ عَيْنٍ فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ؛ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ، وَقَدْ عُرِفَ ذَلِكَ فِي الأَصْلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي».

غاية البيان

قولُه: (ولَوْ كَاتَبَ عَلَىٰ عَيْنٍ فِي يَدِ الْمُكَاتَبِ؛ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ).

قالَ صدْرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «ولَوْ كَاتَبَ علىٰ عينٍ في يدِ العبدِ، وهوَ مِنْ جملةِ كَسْبِه، هل تَصِحُّ الكِتَابَةُ؟ لَمْ يَذْكُرْ هذا في الكتابِ»، يَعْنِي: لَمْ يَذْكُرْ محمدٌ رحمه الله حُكْمَ ذلكَ في «كتابِ المُكَاتَبِ». ثُمَّ قالَ: «وذكرَ في «كتابِ الشِّرْبِ»: أَنَّه جائزٌ».

ثُمَّ قالَ: «ورُوِيَ عن زُفَرَ: أَنَّه لَا يَجُوزُ، ورُوِيَ هكذا عنْ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله في روايةٍ».

ثُمَّ قالَ: «والصحيحُ: أَنَّه يَجُوزُ، وإذا أَدَّىٰ يَعْتِقُ؛ لأَنَّه يَكُونُ قادرًا علىٰ أدائِه، ويَصْلُحُ أنْ يَكُونَ ذلكَ بدلَ الكِتَابَةِ؛ لأَنَّه لَمَّا جَعَلَ ذلكَ العينَ بدلَ الكِتَابَةِ ـ وهو في يدِ العبدِ، وهوَ مِن جملةِ كَسْبِه ـ فقدْ جعلَه أحقَّ بنفسِه، فيصيرُ في معنىٰ كَسْبِه [٦/٣٦٨و/م] الذي اكتسبَه بعدَ العَتَاقِ».

قولُه: (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابَةِ عَلَى الْأَعْيَانِ)، أشارَ بها إلىٰ ما ذكرَ قبْل هذا بقولِه: (وَكذلكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ شَيْءٍ بِعَيْنِه لِغَيْرِهِ؛ لَمْ يَجُزْ)، وعنْ أبي حَنِيفَةَ ـ رواه الحسن رحمهما الله ـ: أنَّه يَجُوزُ، وقدْ بَيَّنَّا وَجْه الروايَتَيْنِ ثَمَّةَ[1].

قولُه: (وَقدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي»).

(١) وقع بالأصل: «الروايَتَيْنِ عنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ مِئَةِ دِينَارٍ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَىٰ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عند أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وقالَ أبو يوسفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، ويُقْسَمُ الْمِئَةُ الدِّينَارِ عَلَىٰ قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ، وَقِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ، وَتَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ الْعَبْدِ، وَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلَ الْكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الْوَسَطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ مُسْتَثْنَىٰ مِنْهُ وَهُوَ الْأَصْلُ فِي إِبْدَالِ الْعُقُودِ.

غاية البيان

وَجْهُ روايةِ الجوازِ: أنَّه مالٌ مقدورُ التَّسْلِيمِ، وَوجْهُ روايةِ عدمِ الجوازِ: أنَّ المولىٰ كأنَّهُ كاتَبَه علىٰ مالِ نفسِه، فافهمْ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ مِئَةِ دِينَارٍ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ الْمَوْلَىٰ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ؛ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﵄.

وقالَ أبو يوسفَ ﵁: هِيَ جَائِزَةٌ.

ويُقْسَمُ الْمِئَةُ الدِّينَارِ عَلَىٰ قِيمَةِ الْمُكَاتَبِ، وَقِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ، وَتَبْطُلُ مِنْهَا [٥٣٧/٢ظ] حِصَّةُ الْعَبْدِ، وَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[(١)].

قال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: «قال أبو حَنِيفَةَ ومحمد ﵄: إذا كاتَبَه علىٰ ألفٍ، علىٰ أن يَرُدَّ المولىٰ وَصِيفًا وسطًا؛ فالكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، وقالَ أبو يوسفَ ﵁: جائزةٌ، ويُحَطُّ عنِ المُكَاتَبِ حِصَّةُ قِيمَةِ وَصِيفٍ وسطٍ، وإنَّما وَضعَ المسألةَ في غيرِ عبْدٍ بعَيْنِه؛ لأنَّه إذا كانَ مُعَيَّنًا جازَتِ الكِتَابَةُ بالاتفاقِ».

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ ﵀: أنَّه جعلَ المئةَ بدلًا عنِ الكِتَابَةِ، ثُمَّ استثنىٰ العبدَ عنِ البدلِ، وكلُّ ما صحَّ الكِتَابَةُ عليه صحَّ استثناؤه؛ لأنَّ ما صحَّ بدلًا في المُعَاوَضَاتِ؛ صحَّ مُسْتَثْنًىٰ كالدراهمِ والدنانيرِ، والعبدُ المُطْلَقُ تَصِحُّ الكِتَابَةُ عليه، ويَنْصَرِفُ[(٢)] إلىٰ الوسطِ، فلذا صحَّ استثناؤُه.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٢].

(٢) وقع بالأصل: «ويتصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُسْتَثْنَى الْعَبْدُ مِنْ الدَّنَانِيرِ، وَإِنَّمَا يُسْتَثْنَى قِيمَتُهُ، وَالْقِيمَةُ لَا تَصْلُحُ بَدَلاً فَكَذَلِكَ مُسْتَثْنَى.

غاية البيان

غايةُ ما في البابِ: أنَّ في العبدِ جهالةَ الوصفِ، أنَّه جيدٌ، أوْ رَدِيءٌ، أوْ وسطٌ، وجهالةُ الوصفِ تُتحَمَّلُ في عَقْدِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ مبناها على المساهَلةِ، وصارَ كما لوْ كاتَبَه على ألفٍ على أنْ يَرُدَّ المولى عليه عبدًا بعَيْنِه، فاستُحِقَّ العبدُ؛ تَبْطُلُ حصةُ العبدِ دونَ الكِتَابَةِ[1].

ولهما: أنَّ المولى جعلَ بمقابلةِ الدينارِ شَيْئَيْنِ: رقبةَ المُكَاتَبِ، ورقبةَ عبْدٍ آخرَ، والبدلُ الواحدُ إذا قُوبِلَ بشيئَيْنِ يَنْقَسِمُ عليهما على قَدْرِ قيمتِهما كما في البَيْعِ، فما أصابَ حِصَّةَ العبدِ مِنَ الدينارِ يسْقُطُ بالإجماعِ؛ لأنَّه يَكُونُ بيعًا، وبَيْعُ عبْدٍ بغيرِ عَيْنِه فاسدٌ؛ لأنَّه بمنزلةِ السَّلَمِ في الحيوانِ، وهوَ فاسدٌ لكونِه مجهولًا؛ ولأنَّه دَيْنٌ بِدَيْنٍ وهوَ حرامٌ، وما بقِيَ مِنَ المئةِ بحِصَّةِ المُكَاتَبِ مجهولٌ جهالةَ القَدْرِ والجنسِ والصفةِ؛ لأنَّ ذلكَ لَا يُعْرَفُ[2] إلَّا بالحَزْرِ والظنِّ.

وجهالةُ القَدْرِ مانعةٌ لصحَّةِ الكِتَابَةِ ففَسَدَتْ، كما لوْ كاتَبَه على قيمتِه ابتداءً، وكما لوْ قالَ: كاتبتُك على حِصَّتِك مِنَ المئةِ الدينارِ، لوْ قُسِمَتْ عليكَ، وعلى عبْدٍ آخرَ؛ فذلكَ فاسدٌ بالإجماعِ، فكذا هذا، بخلافِ ما إذا كاتَبَه على عبْدٍ؛ لأنَّها جهالةُ الوصفِ لَا جهالةُ القدْرِ، وجهالةُ الوصفِ لَا تمْنَعُ [٦/٣٦٨ظ/م] صحَّةَ الكِتَابَةِ، وليسَ كذلكَ إذا كاتَبَه وعبْدَ فلانٍ على ألفٍ، فلَمْ يُجزْ فلانٌ؛ لأنَّ العقدَ وقَعَ صحيحًا فيهما، وإنَّما خرجَ في عبْدِ الغيرِ لعدمِ الإجازةِ، وبخلافِ ما قاسَ عليه؛ لأنَّ ثَمَّةَ صحَّتِ التَّسْمِيَةُ، ثُمَّ بطَلَتْ بالاستحقاقِ في حصَّةِ المُسْتَحَقِّ.

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٥٢٥]، وللبزدوي [ق/٣٣٦]، ولقاضيخان [ق/٢٢٢].

(٢) وقع بالأصل: «يصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ؛ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ مَعْنَاهُ: أَنْ يُبَيِّنَ الْجِنْسَ وَلَا يُبَيِّنُ النَّوْعَ وَالصِّفَةَ وَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ الْوَسَطِ وَيُجْبَرُ عَلَىٰ قَبُولِ الْقِيمَةِ

نظيرُه: ما لوِ اشترىٰ حرًّا وعبدًا بألفٍ، لَا يَجُوزُ في حصَّةِ العبدِ؛ لأنَّه بَيْعٌ بالحصَّةِ ابتداءً، فكذا فيما نحنُ فيه، ولوِ اشترىٰ عبْدَيْنِ فاسْتُحِقَّ أحدُهما بقِيَ العقدُ في الباقي؛ لأنَّه بَيْعٌ بالحصَّةِ بقاءً لَا ابتداءً؛ لأنَّ المُسْتَحقَّ كانَ داخلًا في العقدِ، فخرجَ بالاستحقاقِ.

وقولُه: ما صحَّ بدلًا صحَّ مُسْتَثْنًىٰ، فنَقُولُ: سَلَّمْنا ذلكَ، ولكنْ لَا يَصِحُّ استثناءُ الوصيفِ مِنَ الدراهمِ والدنانيرِ؛ لاختلافِ الجنسِ، وإنَّما يَصِحُّ استثناؤُه بقيمتِه، والقِيمَةُ مجهولةُ القدرِ، فيُوجِبُ جهالةَ القدرِ في الباقي؛ لأنَّ جهالةَ قَدْرِ المسْتَثْنَىٰ تُوجِبُ جهالةَ المسْتَثْنَىٰ منه لَا محالةَ.

وجهالةُ القدرِ غيرُ محتملةٍ؛ لأنَّها جهالةٌ في الأصلِ، بخلافِ ما لوْ جعلَ العبدَ بدلًا؛ لأنَّ ذلكَ جهالةُ الوصفِ أنَّه جيدٌ أوْ رَدِيءٌ أوْ وسطٌ، وجهالةُ الوصفِ ليسَتْ في الأصلِ، فتُحُمِّلَتْ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ؛ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»(١).

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله: (وَمَعْنَاهُ: أَنْ يُبَيِّنَ الْجِنْسَ، وَلَا يُبَيِّنَ النَّوْعَ وَالصِّفَةَ).

يَعْنِي: إنَّما تَجوزُ الكِتَابَةُ علىٰ حيوانٍ غيرِ موصوفٍ إذا بَيَّنَ الجنسَ. أي: النوعَ، كالفَرَسِ والعبدِ مثلًا، ولم يُبيِّن نوعًا مِن ذلكَ النوعِ، حيثُ لم يَقُلْ: فرَسٌ بِرْذَون أوْ عربيٌ، ولم يقلْ: عبْد تُرْكيٌّ أو حبَشِيٌّ، ولم يُبيِّنِ الصفةَ أيضًا، حيثُ لم

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

. . . .

يَقُلْ: جيدٌ أوْ رَدِيءٌ أوْ وسطٌ، فتَنْعَقِدُ [٥٣٨/٢و] الكِتَابَةُ وتنصرفُ إلىٰ الوسطِ، وعندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: لَا يَجُوزُ[١].

أرادَ صاحبُ **«الهدايةِ» بالجنسِ**: ما أرادَه أهلُ النَّحْوِ، وهو: ما عُلِّقَ علىٰ شيءٍ لَا بعَيْنِه، وإلا فالفَرسُ والعبدُ ليسَ بجنسٍ[٢]، وقدْ مَرَّ تمامُ البيانِ في بابِ المهرِ في كتابِ النِّكَاحِ، أمَّا إذا كاتَبَه علىٰ حيوانٍ أوْ دَابَّةٍ؛ لَا تَنْعَقِدُ الكِتَابَةُ لتفاحُشِ الجهالةِ في البدلِ.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في بابِ الكِتَابَةِ علىٰ الحيوانِ مِن **«مختصرِ الكافي»**: «رَجُلٌ كَاتَبَ عبدَه علىٰ عبْدٍ مُؤَجَّلٍ، قالَ: هوَ جائزٌ، فكذلكَ لوْ كاتَبَه علىٰ وَصِيفٍ استحسانًا، وقِيمَةُ الوَصِيفِ أربعونَ دينارًا في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رضي الله عنهما: علىٰ قَدْرِ الغَلاءِ والرُّخصِ، فإنْ جاءَ بوَصِيفٍ وسطٍ، أوْ بقيمتِه؛ أُجْبِرَ المولىٰ علىٰ القبولِ، وإنْ كاتَبَه علىٰ دَابَّةٍ أوْ ثوبٍ؛ لَمْ يَجُزْ حتىٰ يُبَيِّنَ الجنسَ»[٣]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ رحمه الله.

وَجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: أنَّ عَقْدَ المُكَاتَبَةِ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، والجهالةُ فيها مُفْضِيَةٌ إلىٰ المُنَازَعَةِ، فلَا يَنْعَقِدُ العقدُ معَ الجهالةِ كَالبَيْعِ.

[٣٦٩/٦و/م] **ولنا**: أنَّ البدلَ بعدَ بيانِ نوعِ الحيوانِ، وإنْ بقِيَ فيه نوعُ جهالةٍ جهالتُه يسيرةٌ مُسْتدركةٌ بتحكيمِ الوسطِ، فيُتَحَمَّلُ هذه الجهالةُ كالجهالةِ في الأجَلِ،

---

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٣٦٨/٩]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٥٤/١٨]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١٤٣/٢].

(٢) بل هو نوع. كذا جاء في حاشية: «س».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٣].

وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنْ الْجِنسَ مِثْل أَنْ يَقُولَ: دَابَّةٌ. لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً فَيَتَفَاحَشُ الْجَهَالَةُ، وَإِذَا بَيَّنَ الْجِنْسَ كَالْعَبْدِ وَالْوَصِيفِ فَالْجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ، وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الْكِتَابَةِ فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ الْبَدَلِ بِجَهَالَةِ الْأَجَلِ فِيهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ الْقِيَاسُ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ. وَلَنَا: أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ، لَكِنْ عَلَى وَجْهٍ يَسْقُطُ الْمِلْكُ ....

غاية البيان

كما إذا قالَ: كاتبتُك على ألفٍ إلى الحَصادِ أوِ الدِّيَاسِ؛ لأنَّ عَقْدَ المُكَاتَبَةِ مبناه على المسامحةِ، لَا المضايقةِ، لأنَّه عَقْدُ إرفاقٍ، بخلافِ البَيْعِ، فإنَّ الشراءَ بعبْدٍ أوْ فَرسٍ لَا يَصِحُّ؛ لأنَّ مَبْنَى البَيْعِ على المضايَقةِ والمُمَاكَسَةِ.

ثُمَّ قِيمَةُ الوسطِ أربعونَ دينارًا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما: يُعْتَبرُ الرُّخصُ والغلاءُ[1].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي»: «قيلَ: التقديرُ كانَ في زمنِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّ الأسعارَ كانَتْ مستقرةً، وفي زمانِهما كانَتْ مضطربةً، فعندَ الاستقرارِ يُحَكَّمُ العُرْفُ، وعندَ الاضطرابِ يُرَاعَى قِيمَةُ الوسطِ.

فإنْ جاءَ بوَصِيفٍ وسطٍ أوْ بقيمتِه؛ أُجْبِرَ المولى على القبولِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ العينِ والقِيمَةِ: أصْلٌ، العينُ: باعتبارِ التَّسْمِيَةِ، والقِيمَةُ: باعتبارِ أنَّ الوسطَ لَا يتَعَيَّنُ إلَّا بها، فصارَتْ أصلًا مِن حيثُ الإيفاءُ، وقدْ مَرَّ بيانُه في النِّكَاحِ».

قولُه: (وقدْ مرَّ فِي النِّكَاحِ)، أي: في بابِ المهرِ.

قولُه: (وَلَنَا: أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ أَوْ بِمَالٍ، لَكِنْ عَلَى وَجْهٍ يَسْقُطُ الْمِلْكُ

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٢/٢٨٤]، «الإيضاح» [ق/٦٩].

فِيهِ. فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يُبْتَنَى عَلَى الْمُسَامَحَةِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُمَاكَسَةِ.

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ؛ فَهوَ جَائِزٌ مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ

غاية البيان

فِيهِ. فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ)، يَعْنِي: أنَّ عقْدَ الكِتَابَةِ مُعَاوَضَةُ مالٍ بما ليسَ بمالٍ، وهوَ فَكُّ الحجْرِ، وهذا بالنَّظرِ إلى جانبِ العبدِ، فجازَ أنْ يَثْبُتَ العبدُ أوِ الفرسُ في الذمَّةِ بدلًا عمَّا ليسَ بمالٍ، كما إذا تزوَّجَها على عبْدٍ أو فرَسٍ، أوْ هوَ مُعَاوَضَةُ مالٍ بمالٍ بالنظرِ إلى جانبِ المولى؛ لأنَّ المُكَاتَبَ يخرجُ عنْ مِلْكِ المولى بالبدلِ، ورقبتُه مالٌ لكنْ على وَجْهِ الإسقاطِ، لَا الإثباتِ؛ لأنَّ شيئًا مِنَ المالِ لَا يَدْخُلُ في مِلْكِ المُكَاتَبِ، كحصولِ البُضْعِ للمرأةِ في الخُلْعِ، فصارَ كأنَّهُ مُعَاوَضَةُ مالٍ بغيرِ مالٍ أيضًا مِن جانبِ المولى، فتُحُمِّلَتِ الجهالةُ اليسيرةُ، وهذا التقريرُ على طَرْدِ كلامِ صاحبِ «الهدايةِ» رحمه الله، **ولنا فيه نَظَرٌ**؛ لأنَّه قاسَ على النِّكَاحِ.

وعندَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه: لَا تَصحُّ تسميةُ العبدِ في النِّكَاحِ أيضًا، بلْ يَجِبُ مهرُ المِثْلِ؛ لأنَّ عندَه ما لَا يَصْلُحُ ثمنًا في البَيْعِ؛ لَا يَصْلُحُ مُسمًّى في النِّكَاحِ؛ إذْ كلُّ واحدٍ منهما مُعَاوَضَةٌ، [ولوْ لَمْ يَقِسْ على النِّكَاحِ، وقالَ: مُعَاوَضَةُ][1] مالٍ بمالٍ، وكان التزامُ المالِ ابتداءً، فصحَّ بالجهالةِ المستدركةِ كالإقرارِ بعبْدٍ كانَ أَوْلَى؛ لأنَّ [٢/٥٣٨ظ] بهذا[2] التعليلِ يَثْبُتُ النِّكَاحُ والكِتَابَةُ جميعًا.

والمُمَاكَسَةُ: المجادَلةُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ؛ فَهوَ جَائِزٌ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[3].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) وقع بالأصل: «هذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٣].

مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالْعَبْدُ كَافِرٌ، لِأَنَّهَا مالٌ فِي حَقِّهِمْ بِمنزلة الْخلّ في حقّنا وأيّهما أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَى قِيمَةُ الخمْرِ، لِأَنَّ الْمُسْلِم ممْنُوعٌ عنْ تمْلِيك الْخمْرِ وتملّكها، وَفِي التَّسْلِيمِ ذَلِكَ إِذْ الْخَمْرُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَيَعْجِزُ عَنْ تَسْلِيمِ الْبَدَلِ فيجبُ عليْه قِيمَتُهَا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ الذِّمِّيَّانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حَيْثُ يفسدُ

ـــــ غاية البيان ـــــ

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (مَعْنَاهُ: إِذَا كانَ مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالْعَبْدُ كَافِرٌ).
وما كانَ يحتاجُ إلى هذا التفسيرِ لوْ أتى بلفظِ محمدٍ ﷺ كما هوَ؛ لأنَّه قالَ في أصلِ «الجامعِ [٦/٣٦٩ظ/م] الصغيرِ»: «عن يعقوب عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ نصرانيٍّ كَاتَبَ عبدًا لهُ نصرانيًّا على أرْطالِ خَمْرٍ، قالَ: المُكَاتَبَةُ جائزةٌ.

فإنْ أسلَمَ أحدُهما بطَلَتِ الخَمْرُ، وكانَ عليه قِيمَةُ الخَمْرِ، والمُكَاتَبَةُ صحيحةٌ، فإذا أدَّاها عتَقَ»[١]. إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ لأنَّ الخَمْرَ في حقِّ أهلِ الذمَّةِ مالٌ مُتقوَّمٌ كالخَلِّ عندَنا، فجازتِ الكِتَابَةُ بها إذا كانَ قَدْرُها معلومًا، فإنْ أسلَما أو أسلَمَ أحدُهما؛ بقِيَتِ الكِتَابَةُ جائزةً، وعليه قِيمَةُ الخَمْرِ؛ لأنَّه تعذَّرَ تسليمُ عينِ الخَمْرِ بحُكْمِ الإسلامِ؛ لأنَّ المسْلِمَ ممنوعٌ عنْ تمليكِ الخَمْرِ وتمَلُّكِها، فإذا امتنَع تمليكُ عَيْنِها وجَبَ المصيرُ إلى قيمتِها؛ لأنَّ القِيمَةَ تصْلُحُ بدلًا في الكِتَابَةِ.

ألَا ترى أنَّه لوْ كَاتَبَ عبْدَه على عبْدٍ، فجاءَ بقيمةِ عبْدٍ وسطٍ؛ أُجْبِرَ المولى على القبولِ، فإذا كانَتْ تصْلُحُ بدلًا في الكِتَابَةِ أمْكَنَ تبقيةُ الكِتَابَةِ، فبَقِيَتْ، فَصِيرَ إلى القِيمَةِ، فإذا أدَّى القِيمَةَ عتَقَ، وإذا أدَّى عينَ الخَمْرِ هل يَعْتِقُ؟

قالُوا: لَا؛ لأنَّ[٢] الكِتَابَةَ فيها معنى التعليقِ، ولكنْ يَجِبُ عليه أداءُ القِيمَةِ، وهذا بخلافِ البَيْعِ، فإنَّ أحدَ العَاقِدَيْنِ إذا أسلَمَ قبْلَ قَبْضِ الخَمْرِ وهي ثمنٌ؛ بَطَلَ

(١) ينظر: المصدر السابق.
(٢) وقع بالأصل: «لا؛ لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الْبَيْعُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الْبَعْضُ ، لِأَنَّ الْقِيمَةَ تَصْلُحُ بَدَلاً فِي الْكِتَابَةِ فِي الْجُمْلَةِ ، فَإِنَّهُ لَوْ [١٢٧/و] كَاتَبَ عَلَىٰ وَصِيفٍ وَأَتَىٰ بِالْقِيمَةِ يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى الْعَقْدُ عَلَى الْقِيمَةِ ، أَمَّا الْبَيْعُ لَا يَنْعَقِدُ صَحِيحًا عَلَى الْقِيمَةِ فَافْتَرَقَا.

البَيْعُ ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ ثَمَّةَ تبْقيةُ البَيْعِ بعدَ الإسلامِ ؛ لأنَّه يَجِبُ تسليمُ عينِ ما وقَعَ عليه العقدُ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُمَاكَسةٍ ، والبَيْعُ لَا يتحوَّلُ إلىٰ قِيمَةِ المَبيعِ بوجْهٍ مِنَ الوجوهِ ، بخلافِ الكِتَابَةِ ، فافترقا ، فإذا عجزَ عن تسليمِ عينِ الخَمْرِ بالإسلامِ ؛ انتَقَضَ البَيْعُ لَا محالةَ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرحِ الكافي**» في بابِ كِتَابةِ أهلِ الكفرِ: «ذِمِّيٌّ ابتاعَ عبدًا مُسْلمًا فكاتَبَه ، قالَ: هوَ جائزٌ ، ولا يُرَدُّ ؛ لأنَّ المقصودَ تخْلِيصُه بإزالةِ يدِه عنِ المسْلمِ ؛ ليندَفِعَ القهرُ والذُّلُّ عنه ، وبِالكِتَابَةِ يحْصُلُ هذا المعنىٰ.

وإنْ كاتَبَه علىٰ خَمْرٍ أو خنزيرٍ لَمْ يَجُزْ ؛ لأنَّ الخَمْرَ ليسَ بمُتَقَوِّمٍ ، فلَا يَصْلُحُ بدلًا عما هوَ مُتَقَوّمٌ كما في البَيْعِ ، فإذا أَدَّىٰ الخَمْرَ عتَقَ وعليه قيمتُه ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ انعقدَتْ بوَصْفِ الفسادِ ، واندرَجَ فيها معنىٰ التعليقِ ، فإذا أدَّىٰ عتَقَ مُوجبًا للتعليقِ ، ويُؤاخذُ بِالقِيمَةِ ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ الفَاسِدَةَ تُوجِبُ القِيمَةَ كَالبَيْعِ الفاسدِ.

وكذلكَ إنْ كانَ المولىٰ هوَ المسْلمُ لم تَصِحَّ الكِتَابَةُ علىٰ الخَمْرِ ؛ لأنَّ المسْلمَ ليسَ مِن أهلِ تمَلُّكِ الخَمْرِ.

ذِمِّيٌّ كَاتَبَ عبدًا له[١] كافرًا علىٰ خَمْرٍ قالَ: هوَ جائزٌ ؛ لأنَّ الخَمْرَ مالٌ في حقِّهما ، فإنْ أسلَمَ العبدُ ، قالَ: المُكَاتَبَةُ جائزةٌ ، وعليه قِيمَةُ الخَمْرِ ؛ لأنَّه تعذَّرَ التَّسْلِيمُ بحُكْمِ الإسلامِ ، والعقدُ المقتضِي للتسليمِ قائمٌ ، فيُصارُ إلىٰ القِيمَةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «عبده». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

قَالَ: وَإِذَا قَبَضَهَا عُتِقَ؛ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ. فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ الْعِوَضَيْنِ إِلَى الْمَوْلَى سَلَّمَ الْعِوَضَ الْآخَرَ لِلْعَبْدِ وَذَلِكَ بِالْعِتْقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لَمْ تَجُزْ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْتِزَامِ

﴿ غاية البيان ﴾

وإنْ كاتَبَه على ميتةٍ، أو دمٍ لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ المَيْتَةَ والدمَ ليسا بمالٍ، فلَا تَنْعَقِدُ بهما الكِتَابَةُ، وإنْ أدَّى ما كاتَبَه عليه لم يَعْتِقْ؛ لأنَّ الأداءَ وُجِدَ مِن غيرِ عَقْدٍ، إلَّا أنْ يَكُونَ المولى قالَ في الكِتَابَةِ: إذا أدَّيْتَ إلَيَّ فأنتَ حُرٌّ. ثُمَّ أدَّاه وقَبِلَه السيدُ، فيَعْتِقُ [٦/٣٧٠و/م] بقولِه: أنتَ حُرٌّ، ولا يَعْتِقُ بالأداءِ.

يُرِيدُ بهِ: أنَّه يَعْتِقُ بحُكْمِ التعليقِ، لَا بحُكْمِ الكِتَابَةِ، كما لوْ قالَ: إنْ أدَّيْتَ إلَيَّ ميتةً فأنتَ حُرٌّ، ولا يَرْجِعُ على العبدِ بشيءٍ؛ لأنَّ العتقَ حَصَلَ بقضيةِ التعليقِ، لَا بقضيةِ المُعَاوَضَةِ.

ثُمَّ اعلمْ: أنَّه إذا عجزَ عنْ تسليمِ عينِ الخَمْرِ بالإسلامِ؛ لَا تَبْطُلُ الكِتَابَةُ [٢/٥٣٩و]، وتَنْتَقِلُ إلى القِيمَةِ، وهوَ ظاهرُ الروايةِ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «وَرُوِيَ عنْ محمَّدٍ ﵀ أنَّه قالَ: تَبْطُلُ الكِتَابَةُ؛ لأنَّه عجزَ عن تسليمِ [ما][١] وقَعَ عليه العقدُ، فصارَ كأنَّهُ عَجَّزَ نفسَه»[٢].

قولُه: (وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ)، أي: إذا قبضَ المولى قِيمَةَ الخَمْرِ فيما إذا أسلمَ أحدُهما عتَقَ، وهذا الذي ذكَرَه لفْظُ الصدرِ الشهيدِ في «الجامعِ الصغيرِ»[٣]، أمَّا لفظُ محمَّدٍ ﵀: «وإذا أدَّاها عتَقَ»، وقدْ ذكَرْناه قبْلَ هذا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥٥].
(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٥٣٠].

الْخَمْرِ، وَلَوْ أَدَّاهَا عُتِقَ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ أَدَّاهَا عتَقَ)، أي: لوْ أَدَّىٰ عينَ الخَمْرِ عتَقَ أيضًا فيما إذا أسلَمَ أحدُهما؛ لأنَّ في الكِتَابَةِ معنىٰ التعليقِ، وبه صَرَّحَ قاضي خان رحمه الله في شرْحِه لـ«الجامعِ الصغيرِ»[1]، وقدْ ظَنَّ بعضُهم في «شرحِه»: أنَّه لَا يَعْتِقُ بأداءِ عينِ الخَمْرِ، وقدْ تكَلَّفَ بالسؤالِ والجوابِ، وذلكَ ليسَ بصحيحٍ.

قولُه: (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ في أوَّلِ هذا الفصلِ بقولِه: (فَإِنْ أَدَّىٰ الْخَمْرَ عَتَقَ، وقالَ زُفَرُ رحمه الله[2]: لَا يَعْتِقُ إلَّا بِأَدَاءِ القِيمَةِ)، وفيه رواياتٌ ذكَرْناها عنِ «العيون» ثمَّةَ.

والله أعلمُ.

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٣].

(٢) وقع بالأصل: «وَقَالَ مُحَمَّدٌ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الهداية».

بَابُ
مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ الْبَيْعُ، وَالشِّرَاءُ، وَالسَّفَرُ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْكِتَابَةِ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذَلِكَ بِمَالِكِيَّةِ التَّصَرُّفِ مُسْتَبِدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوَصِّلُهُ إِلَىٰ مَقْصُودِهِ وَهُوَ نَيْلُ الْحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ الْبَدَلِ، وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ، وَكَذَا السَّفَرُ؛

غاية البيان

بَابُ
مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

لَمَّا فرَغَ عنْ بيانِ الكِتَابَةِ الصحيحةِ والفَاسِدَةِ: شرعَ في بيانِ ما يَجُوزُ للمُكَاتَبِ فِعْلُ ذلكَ وما ليسَ لهُ مِنْ ذلكَ.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ الْبَيْعُ، وَالشِّرَاءُ، وَالسَّفَرُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ رحمه الله في «مختصرِه»(١).

وهذه المسألةُ وقع بيانُها مكرَّرًا؛ لأنَّه ذكرَها في أوائلِ «كتابِ المُكَاتَبِ» عندَ قوله: (وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ مِنْ يَدِ الْمَوْلَى، وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ)، إلَّا أنَّه لمْ يَذْكُرْ في «البدايةِ» ثمَّ قولَه: (فَيَجُوز لهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ(٢)) وذكَر جوازَ البَيْعِ والشراءِ والسَّفرِ في هذا الموضعِ في «البدايةِ»، فلَمَّا بلَغَ في «الهدايةِ» ـ وهيَ شرحُ «البدايةِ» ـ هذا الموضعَ ساقَ الكلامَ كما ساقَ في «البداية» مِنْ غيرِ إخلالٍ، وإنْ كانَ ذكَرَ جوازَ البَيْعِ والشراءِ والسَّفرِ في «الهدايةِ» قبْلَ هذا.

وعندَ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: لَا يَجُوزُ لهُ السَّفَرُ(٣)، وقدْ بَيَّنَّا وَجْهَ الخلافِ في أوائلِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «وَالسَّفَرُ به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٩/٣٦٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٢/٢٣٣].

لِأَنَّ التِّجَارَةَ رُبَّمَا لَا تَتَّفِقُ فِي الْحَضَرِ فَتَحْتَاجُ إِلَى الْمُسَافِرَةِ، وَيَمْلِكُ الْبَيْعَ بِالْمُحَابَاةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَدْ يُحَابِي فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ لِيَرْبَحَ فِي أُخْرَىٰ.

غاية البيان

المُكَاتَبِ.

وإنَّما جازَ لهُ البَيْعُ والشراءُ؛ لأنَّ المقصودَ للعبدِ نَيْلُ الحُرِّيَّةِ بأداءِ البدلِ، وبالبيعِ والشراءِ يحْصُلُ هذا المقصودُ؛ لأنَّه سَبَبٌ لتحصيلِ المالِ، فجازَ بَيْعُه وشراؤُه، وربَّما لَا يتَهَيَّأُ لهُ تحصيلُ المكاسِبِ في الحَضَرِ ما لمْ يُسَافِرْ، فجازَ لهُ السَّفَرُ أيضًا لتحصيلِ المكاسِبِ المفْضِيةِ [٦/٣٧٠ظ/م] إلىٰ الحُرِّيَّةِ بأدائِها.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»: (وَيَمْلِكُ الْبَيْعَ بِالْمُحَابَاةِ؛ لأنَّه مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ). ولم يذْكُرِ الخلافَ.

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ولا يَجُوزُ للمُكَاتَبِ البَيْعُ إلَّا علىٰ المعروفِ في قولِهما، ويَجُوزُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁ كيفما كانَ»(١).

وقالَ القُدُورِيُّ ﵀ **في كتابِ «التقريبِ»:** «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﵁: يَجُوزُ بَيْعُ المُكَاتَبِ بالقليلِ والكثيرِ، **وقالا:** بما يتغابنُ في مِثْلِه».

لأبي حَنِيفَةَ: أنَّ تصرُّفَ المُكَاتَبِ لنفسِه؛ بدلالةِ أنَّ ما يَلْزَمُه مِنَ الديونِ لَا يَرْجِعُ بها علىٰ مولاه، فصارَ كالحرِّ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ بأمْرٍ مُطْلَقٍ كَالْوَكِيلِ علىٰ أصْلِه.

ولهما: أنَّ النُّقْصَانَ الكثيرَ تَبَرُّعٌ؛ بدلالةِ أنَّه في حالِ المرضِ مِنَ الثلثِ، وتَبَرُّعُ المُكَاتَبِ لَا يَجُوزُ(٢).

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيُّ [ق/٤٥٦].

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/١٧١]، «تبيين الحقائق» [٥/١٥٦]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٣٨٧]، «مجمع الضمانات» [ص/ ٤٣٩]، «رد المحتار» [٦/١٠٢].

قَالَ: فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَلَّا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفَةِ؛ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَلَّا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفَةِ؛ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ: في المُكَاتَبِ يشْتَرِطُ عليه مولاه ألَّا يَخْرُجَ مِنَ الكوفةِ إلَّا أنْ يأذَنَ لهُ سيدُه، قالَ: هذا الشرطُ باطلٌ، وله أنْ يَخْرُجَ، والمُكَاتَبَةُ جائزةٌ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، ولم يَذْكُرِ الاستحسانَ فيه كما ترَىٰ، وإنَّما ذكرَه صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله.

وإنَّما كانَ الشرطُ باطلًا؛ لأنَّه مخالِفٌ لمقتضَىٰ العقدِ [٢/٥٣٩ظ]؛ لأنَّ مقتضَىٰ عَقْدِ الكِتَابَةِ: إطلاقٌ وفَكٌّ للحجْرِ، كَيْ ينالَ العبدُ بالكسبِ بالانتشارِ في الأرضِ، والسَّفَرِ فيها شرَفَ الحُرِّيَّةِ، كما قالَ تعالىٰ: ﴿فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وشرْطُ عدمِ الخروجِ عنِ الكوفةِ إذا كانَ العقدُ فيها حَجْرٌ عنِ السَّفَرِ، والانتشارُ في الأرضِ الذي سَبَبٌ لتحصيلِ المكاسِبِ، فكانَ هذا الشرطُ مخالفًا لمقتضَىٰ العقدِ.

وكلُّ شرْطٍ يُخالفُ مقتضَىٰ العقدِ باطلٌ، إلَّا أنَّ الكِتَابَةَ لمْ تَبْطُلْ ببطْلانِ الشرطِ إذا لمْ يَدْخُلِ الشرطُ في صُلْبِ العقدِ؛ لأنَّ مَبْناها علىٰ التوْسِعةِ، ولهذا تَجُوزُ الكِتَابَةُ علىٰ عبْدٍ بغيرِ عَيْنِه.

تحقيقُه: أنَّ الشرطَ إذا دخَلَ في صُلْبِ العقدِ، بأنْ يَقَعَ ذلكَ في البدلِ، أوْ في المُبْدَلِ، كما إذا كاتَبَه علىٰ بدَلٍ مجهولٍ، أو بدَلٍ حرامٍ، أوْ كَاتَبَ جاريتَه علىٰ ألفِ درهمٍ علىٰ أن يَطَأَها ما دامَتْ مُكَاتَبَةً، أوْ تَخْدُمَه ولم يُبَيِّنْ للخدمةِ وقْتًا، أو كاتَبَها وهيَ حاملٌ مِن غيرِه، واستثنىٰ ما في بطنِها، أفسدتِ الكِتَابَةَ، ولكنَّها إذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩ ـ ٤٦٠].

هَذَا الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَى الْعَقْدِ وَهُوَ مَالِكِيَّةُ الْيَدِ عَلَى جِهَةِ الِاسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ الِاخْتِصَاصِ فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، وَبِمِثْلِهِ لَا تَفْسُدُ الْكِتَابَةُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُشْبِهُ الْبَيْعَ وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ فَأَلْحَقْنَاهُ

غاية البيان

أدَّتِ الألفَ تَعْتِقُ، ويجبُ عليه العُقْرُ إذا وَطِئَها في مدَّةِ الكِتَابَةِ.

وإذا لم يَدْخُلْ في صُلْبِ العقدِ لَا يُفْسِدُها، كما إذا كَاتَبَ عبْدَه على ألَّا يخرجَ مِنَ المِصْرِ، أوْ على ألَّا يَتَّجِرَ، وما أشبَهَ ذلكَ مِنَ الشروطِ التي لَا تَدْخُلُ في صُلْبِ الكِتَابَةِ؛ فالكِتَابَةُ صحيحةٌ، والشرطُ باطلٌ؛ لأنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ يُشْبِهُ البَيْعَ والنِّكَاحَ [٦/٣٧١و/م] جميعًا:

فشَبَهُه بالبيعِ: يقْتَضِي أنْ يَبْطُلَ بالشرطِ الفاسدِ.

وشَبَهُه بِالنِّكَاحِ: يقْتَضِي ألَّا يَبْطُلَ بهِ كالنِّكَاحِ، فأُعْطِيَ لهُ حُكْمٌ بيْن حُكْمَيْنِ رعايةً للشَّبَهَيْنِ، فإنْ دخَلَ الشرطُ الفاسدُ في صُلْبِ عَقْدِ الكِتَابَةِ أفسدَها وإلَّا فلَا.

بيانُ شَبَهِ[1] النِّكَاحِ: مِن حيثُ إنَّه يَثْبُتُ الحيوانُ دَيْنًا في الذمَّةِ، ويَجُوزُ مِنْ غيرِ أنْ يُذْكَرَ صفةُ البدلِ، ويقَعُ على الوسطِ كالنِّكَاحِ.

وبيانُ شَبَهِ[2] البَيْعِ: مِن حيثُ إنَّه [لا يَصِحُّ إلَّا ببدلٍ معلومٍ.

أوْ نقولُ: إنَّه يُشْبِهُ البَيْعَ مِن حيثُ إنه][3] يَحْتَمِلُ الفَسْخَ في الابتداءِ، ويُشْبِهُ النِّكَاحَ مِن حيثُ إنَّه لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ بعدَ تمامِ المقصودِ، والباقي يُنْظَرُ في شَرْحِنا هذا في أواخرِ البَيْعِ الفاسدِ.

قولُه: (عَلَى جِهَةِ الِاسْتِبْدَادِ)، يُقَالُ: استبدَّ برأيِه. أي: تفَرَّدَ.

(١) وقع بالأصل: «شبهة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «شبهة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بِالْبَيْعِ فِي شَرْطٍ تَمَكَّنَ فِي صُلْبِ الْعَقْدِ، كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً؛ لِأَنَّهُ فِي الْبَدَلِ وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرْطٍ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِهِ هَذَا هُوَ الْأَصْلُ أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الْكِتَابَةَ فِي جَانِبِ الْعَبْدِ إِعْتَاقٌ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ، وَهَذَا الشَّرْطُ يَخُصُّ الْعَبْدَ فَاعْتُبِرَ إِعْتَاقًا فِي حَقِّ هَذَا الشَّرْطِ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ.

غاية البيان

قولُه: (كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً)، نحو أنْ كاتبَه على أنْ يَخْدُمَه مدةً، أو زمانًا ولم يُبيِّنِ المدَّةَ، أمَّا إذا كاتبَه على أنْ يَخْدُمَه شهرًا؛ لَا يَجُوزُ قياسًا، ويَجُوزُ استحسانًا.

قالَ في أوَّلِ كتابِ المُكَاتَبِ مِنْ «مختصرِ الكافي»: «وإنْ كاتبَه على أنْ يَخْدُمَه شهرًا فهوَ جائزٌ، وإنْ كانَتِ الخدمةُ غيرَ مَعْلُومَةٍ استَحْسَنَ[1] ذلكَ»[2]. إلى هنا لفظُ «الكافي»، وذلكَ لأنَّ المَنَافِعَ تصْلُحُ عِوَضًا في بابِ البَيْعِ، ففي الكِتَابَةِ أَوْلَى، وهوَ أخصُّ بمنافعِه، فجازَ أنْ يُمَلِّكَها السيدَ، وإنْ كانَتِ الخدمةُ غيرَ مَعْلُومَةٍ استحسانًا؛ لأنَّ الخدمةَ إذا أُطْلِقَتْ تَنْصَرِفُ إلى خدمةِ البيتِ المتعارَفةِ، وإنْ تمكَّنَ فيها نوعُ جهالةٍ فهي جهالةٌ يسيرةٌ، وأنَّها متحمَّلةٌ في بابِ الكِتَابَةِ، وكذلكَ إذا استأجرَ عبدًا للخدمةِ كلَّ شهرٍ بأجْرٍ مُسمًّى؛ فهوَ جائزٌ، وقدْ مَرَّ ذِكْرُه في آخرِ بابِ إجارةِ العبدِ.

قولُه: (هَذَا هُوَ الْأَصْلُ)، يَعْنِي: أنَّ الشيءَ إذا كانَ لهُ شبهانِ يُرَاعَى حَظُّه منهما جميعًا، وهوَ ظاهرٌ.

قولُه: (أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الْكِتَابَةَ فِي جَانِبِ الْعَبْدِ إِعْتَاقٌ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ).

لو قالَ: في جانبِ المولى إعتاقٌ، أوْ قالَ: في جانبِ العبدِ عتقٌ؛ كانَ أَوْلَى،

---

(١) أي: استَحْسَنَ محمد. كذا جاء في حاشية: «س».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٢].

قالَ: وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ فَكُّ الْحَجْرِ مَعَ قِيَامِ الْمِلْكِ ضَرُورَةَ التَّوَسُّلِ إِلَىٰ الْمَقْصُودِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً إِلَيْهِ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِ الْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ.

﴿ غاية البيان ﴾

ولهذا قالَ فخرُ الإسلامِ والصدرُ الشهيدُ ﷺ: إنَّ الكِتابَةَ في جانبِ العبدِ تُشْبهُ[1] العتقَ؛ لأنَّه إسقاطٌ، وفكُّ الحجْرِ وإطلاقُ اليدِ بمنزلةِ العتقِ، فكلُّ شرْطٍ في جانبِه صارَ هَدَرًا، بمنزلةِ الداخلِ علىٰ العتقِ، وهذا الشرطُ يختصُّ بجانبِه، فصارَ هَدَرًا لَا أثَرَ لهُ.

وقالَ فخرُ الدِّين قاضي خان ﷺ: «وكلُّ شرْطٍ يُخَالِفُ مُقْتَضَىٰ العقدِ؛ يَكُون فاسدًا، ولا تَبْطُلُ الكِتَابَةُ؛ لأنَّها مِنْ [٥٤٠/٢و] جانبِ المولىٰ بمنزلةِ الإعتاقِ؛ لأنَّه فَكُّ الحجْرِ، وإثباتُ حُرِّيَّةِ اليدِ، والعتقُ لَا يَبْطُلُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ، وهذا الذي قالوه ضعيفٌ؛ إذْ حاصلُ كلامِهم أنَّ الكِتَابَةَ تُشْبهُ العتقَ.

والعتقُ لَا يَبْطُلُ بالشروطِ الفَاسِدَةِ، فلَا تَفْسُدُ الكِتَابَةُ [٣٧١/٦ظ/م] أيضًا بالشرطِ الفاسدِ لشبهِه بالعتقِ؛ لأنَّ لقائلٍ أنْ يَقُولَ: إذا كانَ لشَبَهِه بالعتقِ أثرٌ يَنْبَغِي ألَّا تفْسُدَ الكِتَابَةُ أيضًا إذا دخَلَ الشرطُ الفاسدُ في صُلْبِ عَقْدِ الكِتَابَةِ»[2].

فَعُلِمَ: أنَّ هذا الوجهَ مِنَ البيانِ ضعيفٌ، والأَوْلَىٰ ما بيَّنَّاه آنفًا مِنْ رعايةِ الشبهَيْنِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَىٰ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[3]، وإنَّما لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يتزَوَّجَ بلَا إذْنِ المولىٰ؛ لأنَّه ليسَ مِن بابِ الاكتسابِ، وفيه ضرَرٌ بالمولىٰ بلزومِ المهرِ في رقبتِه، وإنَّما استفادَ مِنَ التصَرُّفِ بعَقْدِ الكِتَابَةِ ما كانَ سببًا ووسيلةً إلىٰ أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، والتزوُّجُ ليسَ بوسيلةٍ إلىٰ

---

(١) وقع بالأصل: «بشبهة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٤].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ ؛ لِأَنَّ الْهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ تَبَرُّعٌ ، وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ لِيُمَلِّكَهُ ، إِلَّا أَنَّ الشَّيْءَ الْيَسِيرَ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِدُ

غاية البيان

أداءِ البدلِ ، فَبَقِيَ على الحجْرِ ، فإذا أَذِنَ لهُ المولىٰ بذلكَ جازَ ؛ لزوالِ الحجْرِ حينئذٍ ، هذا في المُكَاتَبِ .

أَمَّا المُكَاتَبَةُ: هل يَجُوزُ لها أَنْ تَتَزَوَّجَ بلَا إِذَنِ المولىٰ؟ ففيه اختلافٌ ، قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّين الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في آخرِ بابِ جنايةِ رقيقِ المُكَاتَبِ مِن «شرحِ الكافي»: «ولا تَتَزَوَّجُ المُكَاتَبَةُ بغيرِ إِذْنِ المولىٰ ؛ لأَنَّها مملوكةٌ للمولىٰ ، وقالَ زُفَرُ ﷺ: يَجُوزُ ذلكَ ؛ لأنَّه مِنْ بابِ الاكتسابِ .

وإنَّا نَقُولُ: المهرُ وجَبَ في مقابلةِ المِلْكِ في الذاتِ لَا في المَنَافِعِ ، وهوَ حقُّ السيّدِ ، فإنْ عتَقَتْ قبْلَ أنْ يُفْسَخَ النِّكَاحُ يَجُوزُ ذلكَ النِّكَاحُ ؛ لأنَّ ذلكَ النِّكَاحَ إنَّما كانَ [لا][1] يَجُوزُ بحقِّ المولىٰ ، فإذا عتَقَتْ زالَ حقُّ المولىٰ ، فيَجُوزُ كما قلْنا في الأَمَةِ والعبدِ ، ولا خيارَ لها ؛ لأَنَّها باشرَتِ العقدَ بِرضاها ، ونَفَذَ بعدَ الإعتاقِ» .

قولُه: (وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ) ، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[2] .

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «مختصرِ الكافي» في بابِ جنايةِ رقيقِ المُكَاتَبِ: «ولا تَجُوزُ هِبَةُ المُكَاتَبِ ، ولا صدقتُه ، ولا وَصِيتُه ، وإنْ تركَ وفاءً ، ولا إقراضُه ، ولا كفالتُه .

وقالَ ابنُ أَبِي لَيْلَىٰ: عِتْقُه وهِبتُه موقوفٌ ، فإنْ عتَقَ يومًا مضىٰ ذلكَ عليه ، وإنْ رَجَعَ مملوكًا بطَلَ ذلكَ ، وذلكَ لأنَّ المُكَاتَبَ لَا يَمْلكُ بِالكِتَابَةِ إلَّا ما هوَ مِنَ التِّجَارَةِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩] .

بُدًّا مِنْ إِضَافَةٍ وَإِعَارَةٍ [١٢٧/ظ] لِيَجْتَمِعَ عَلَيْهِ الْمُجَاهِزُونَ.

﴿ غاية البيان ﴾

ومِن التكسُّبِ، وهذه التصرُّفاتُ تبرُّعاتٌ ليسَ فيها معنى التِّجَارَةِ، فلَا يَصِحُّ»[١].

وجعَلَ ابنُ أبي لَيْلَى رحمه الله هذه التصرُّفاتِ موقوفةً؛ لأنَّ المانعَ حقُّ المولى، وقدْ زالَ بعدَ العتقِ.

جوابُه: أنَّه ليسَ بأهلٍ لمباشرةِ هذه التصرفاتِ حينَ المباشرةِ، فلَا يتَوَقَّفُ كالطلاقِ والعَتَاقِ.

وقالَ في «شرحِ الأقطعِ رحمه الله»: «فأمَّا الصَّدَقَةُ بالشيءِ اليسيرِ؛ فالقياسُ: ألَّا يَجُوزُ أيضًا، وهوَ قولُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ فلَا يَجُوزُ، كما لَا يَجُوزُ بالكثيرِ، إلَّا أنَّهم استحسَنوا فيه؛ لِمَا رُوِيَ: أنَّ سَلْمانَ ـ وقد كانَ مُكاتَبًا ـ أهدَى إلى النبيِّ ﷺ فقَبِلَ هديتَه، ولأنَّه يتوَصَّلُ بذلكَ إلى أداءِ مالِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّه مِنْ عادةِ التُّجَّارِ، وفيه تقريبُ التُّجَّارِ منه، فلذلكَ جُوِّزَ»[٢].

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي» أيضًا: «وإنْ أعارَ دَابَّةً، أو أهدى هديةً، أوْ دعا إلى طعامٍ [٦/٣٧٢و/م]؛ فلَا بأسَ بذلكَ، وليسَ لهُ أنْ يكسوَ ثوبًا، ولا أنْ يُعْطِيَ درهمًا، وذلكَ لأنَّ العبدَ المأذونَ يَمْلكُ الضيافةَ والإِعَارَةَ والهديةَ اليسيرةَ؛ لأنَّها مِن توابعِ التِّجَارَةِ، فيَمْلكُها المُكَاتَبُ؛ لأنَّه أعلى حالًا منه»[٣].

وليسَ لهُ أنْ يَكْسُوَ ثوبًا، ولا أنْ يُعْطِيَ درهمًا، جعلَ هذا القدرَ كثيرًا وما دونَه يسيرٌ، فيَمْلِكُ اليسيرَ دونَ الكثيرِ» [٢/٥٤٠ظ]. كذا قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدينِ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله.

قولُه: (لِيَجْتَمِعَ عَلَيْهِ الْمُجَاهِزُونَ).

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠١].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٢].
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠١].

وَمِنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ وَلَا يَتَكَفَّلُ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَالِاكْتِسَابِ، وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعَيْهِ نَفْسًا وَمَالاً؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ تَبَرُّعٌ وَلَا يُقْرِضُ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَيْسَ مِنْ تَوَابِعِ الِاكْتِسَابِ.

والمجاهِزُ عندَ العامَّةِ: الغَنِيُّ مِنَ التُّجَّارِ، فكأنَّه أُرِيدَ المجَهِّزُ، وهوَ الذي يَبْعَثُ التُّجَّارَ بالجِهازِ، وهوَ فاخِرُ المَتَاعِ، أوْ يُسَافِرُ بِهِ، فحُرِّفَ إلى المُجاهِزِ. كذا في «المغربِ»[1].

قولُه: (وَلَا يَتَكَفَّلُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[2]، وذلكَ لِمَا قلْنا: إنَّه تَبَرُّعٌ، فلَا يَجُوزُ كالقَرْضِ، سواءٌ كانَتِ الكَفَالَةُ بالنفسِ، أوْ بالمالِ؛ لأنَّ كُلًّا منهما تَبَرُّعٌ، وهوَ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ.

قَالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وقدْ قالُوا: لو أجازَ المولىٰ كفالتَه، أوْ هِبتَه؛ لم يَصِحَّ أيضًا؛ لأنَّه لَا مِلْكَ لهُ في مالِه، وإنَّما حقُّه مُتَعَلِّقٌ به، فهوَ بمنزلةِ الغريمِ إذا أجازَ عِتْقَ الوارِثِ وهِبَتَه لمالِ الميتِ؛ أنَّه لَا يَجُوزُ»[3].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «ولَا يَجُوزُ كفالةُ المُكَاتَبِ بالمالِ، ولا بالبدلِ بإِذْنِ المولىٰ، ولا بغيرِ إِذْنه، وكذلكَ قبولُه الحَوالة، فإنْ كَفَلَ بإِذْنِ سيدِه، ثُمَّ عجزَ؛ لم تَلْزَمْه تلكَ الكَفَالَةُ؛ لأنَّ ضمانَه كانَ باطلًا، وإنْ أدَّىٰ فعتَقَ لزمتْه الكَفَالَةُ؛ لأنَّه كَفَلَ وهوَ بمنزلةِ العبدِ، ولو أنَّ عبدًا محجورًا كَفَلَ بكفالةٍ، ثُمَّ عتَقَ لزمتْه الكَفَالَةُ، ولوْ كانَ المُكَاتَبُ صغيرًا حينَ كَفَلَ لهُ يُؤْخَذُ بها وإنْ عتَقَ»[4]. إلىٰ هنا لفظُ «الكافي».

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/١٧١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٢].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٩].

فَإِنْ وَهَبَ عَلَىٰ عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً فَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِهِ الْمَهْرَ فَدَخَلَ تَحْتَ الْعَقْدِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ وَالْقِيَاسُ أَلَّا يَجُوزَ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ ﷺ ، لِأَنَّ مَآلَهُ الْعِتْقُ ، وَالْمَكَاتَبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ كَالْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ.

غاية البيان

قولُه: (فَإِنْ وَهَبَ عَلَىٰ عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً) ، ذكَره تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ ﷺ.

قولُه: (فَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ) ، وهذهِ منْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ»[1] ، وذلكَ لأنَّه مِن بابِ الاكتسابِ ، فيَمْلِكُ المكاتبُ ما هوَ مِن بابِ الاكتسابِ ، هذا إذا زوَّجَ أَمتَه أجنبيًّا ، أمَّا إذا زوَّجَ أَمتَه عَبْدَه: لَا يَجُوزُ ؛ لأنَّه ليسَ فيه اكتسابُ المالِ[2]. كذا ذَكَر الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه».

قولُه: (قَالَ: وَكَذَا إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ) ، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في المُكَاتَبِ يُكاتِبُ عبْدَه ، قالَ: جائزٌ ، فإنْ أعتقَه على مالٍ لَمْ يَجُزْ ، وإنْ باعَ نفسَه بمالٍ لَمْ يَجُزْ ، وإنْ زوَّجَ أَمَتَه جازَ ، وإنْ زوَّجَ عبْدَه لَمْ يَجُزْ.

وأمَّا العبدُ المأذونُ لهُ في التِّجَارَةِ فلَا يَجُوزُ شيءٌ صَنَعَه مِن هذا في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﷺ.

وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: يَجُوزُ أنْ يُزَوِّجَ أَمَتَه»[3]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الولوالجية» [١٤٦/٢].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ عَقْدُ اِكْتِسَابٍ لِلْمَالِ فَيَمْلِكُهُ كَتَزْوِيجِ الْأَمَةِ وَكَالْبَيْعِ وَقَدْ يَكُونُ هُوَ أَنْفَعُ لَهُ مِنَ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ إِلَّا بَعْدَ وُصُولِ الْبَدَلِ إِلَيْهِ. وَالْبَيْعُ يُزِيلُهُ قَبْلَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلْمَمْلُوكِ مِثْلَ مَا هُوَ

غاية البيان

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في بابِ مُكَاتَبَةِ المُكَاتَبِ مِن «الكافي» [٦/١٦٢ظ]: «وللمُكاتبِ أنْ يُكاتِبَ استحسانًا، فإنْ أدَّىٰ الثاني قبْلَ الأوّلِ؛ كانَ ولاؤُه لمولىٰ الأوّلِ. فإنْ عتَقَ الأولُ بعدَ ذلكَ؛ لم يَرْجعْ إليه ولاؤُه»[1]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكم ﷺ.

وفي القياسِ: لَا يَجُوزُ للمُكَاتَب أنْ يُكاتِبَ، وهوَ قولُ الشَّافِعِيِّ وزُفَرَ ﷺ؛ لأنَّ عاقبةَ الكِتَابَةِ العتقُ بأداءِ المالِ، والمُكَاتَبُ يَمْلكُ الإعتاقَ علىٰ مالٍ، فكذا لَا يَمْلكُ الكِتَابَةَ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ المُكَاتَبَ يَمْلكُ ما هوَ مِنْ بابِ الاكتسابِ، والكِتَابَةُ استكسابٌ للعبدِ، فيَمْلِكُ ذلكَ، كتزْويجِ الأَمَةِ والبَيْعِ، بلِ الكِتَابَةُ أنفعُ لهُ مِنَ البَيْعِ؛ لأنَّه يَزُولُ المِلْكُ في البَيْعِ قبْلَ الوصولِ إلىٰ البدلِ، فربَّما يَصِلُ إليه وربَّما لَا يَصِلُ إليه، وفي الكِتَابَةِ لَا يَزُولُ المِلْكُ إلَّا بعدَ الوصولِ إلىٰ البدلِ، فإذا ملَكَ البَيْعَ ملَكَ الكِتَابَةَ بالطريقِ الأولَىٰ.

بخلافِ الإعتاقِ علىٰ مالٍ، فإنَّه ليسَ باكتسابٍ، بلْ هوَ مِنَ التصَرُّفاتِ الضارَّةِ، فإنَّ بمجرَّدِ الإعتاقِ علىٰ مالٍ يَزولُ المِلْكُ في الحالِ بعِوَضٍ في ذِمَّةِ المفْلِسِ، ولا يَزُولُ في الكِتَابَةِ إلَّا بعدَ سلامةِ البدلِ، والظاهرُ أنَّ البدلَ يَكُونُ أكثرَ مِنْ قيمتِه، فظهَرَ الفرقُ.

فإنْ أدَّىٰ الثاني قبْلَ الأولِ؛ كانَ ولاؤُه لمولىٰ الأولِ؛ لأنَّه تعذَّرَ إثباتُ الولاءِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٤].

ثابتٌ لَهُ. بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ؛ لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ.

فَإِنْ أَدَّىٰ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْأَوَّلُ، فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَىٰ؛ لأَنَّ لهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ.

غاية البيان

منه [٢/٥٤١و]؛ لأنَّه رقيقٌ، فأثبتْناه مِنَ المولىٰ، فإنْ عتَقَ الأولُ بعدَ ذلكَ لم يَرْجِعِ الولاءُ إليه؛ لأنَّه بمنزلةِ النَّسَبِ، وقدْ تقرَّرَ على شخصٍ، فلَا ينتَقِلُ إلىٰ غيرِه.

بخلافِ ما إذا أدَّىٰ الأولُ قبْل الثاني، ثُمَّ أدَّىٰ الثاني يَثْبُتُ ولاؤُه مِنَ المُكَاتَبِ؛ لأنَّ المُكَاتَبَ الأولَ مالكٌ مُطْلَقٌ، والمولىٰ كذلكَ، فكانَ إثباتُه ممَّنْ هوَ مالكٌ(١) مُطْلَقٌ أَوْلَىٰ، ولأنَّ المُكَاتَبَ الأول مباشِرٌ صاحبُ عِلَّةٍ ومولاه مُسَبِّبٌ؛ لأنَّه لولا كتابتُه لم يَمْلكِ المُكَاتَبُ أنْ يُكاتِبَ، والأصلُ هنا في إضافةِ الحُكْمِ: هوَ العِلَّةُ عندَ صلاحيَّةِ الإضافةِ إليها.

قولُه: (لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ)، أي: لأنَّ الإعتاقَ علىٰ مالٍ يُثْبِتُ لمعْتِقِ المُكَاتَبِ فوقَ ما هوَ ثابتٌ للمُكَاتَبِ؛ لأنَّ في الكِتَابَةِ لَا يَزولُ المِلْكُ إلَّا بعدَ سلامةِ البدلِ، وفي الإعتاقِ علىٰ مالٍ يَزُولُ المِلْكُ، سَلِمَ البدلُ أوْ لَمْ يَسْلَمْ، فكانَ أثرُه أقوىٰ مِنَ الكِتَابَةِ، والشيءُ لَا يَتَضَمَّنُ ما هوَ فوقَه، فكانَ للمُكَاتَبِ أنْ يُكاتِبَ، وليسَ لهُ أنْ يَعْتِقَ علىٰ مالٍ.

قولُه: (فَإِنْ أَدَّىٰ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَعْتِقَ الْأَوَّلُ؛ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَىٰ؛ لأَنَّ لهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ)، أي: إنْ أدَّىٰ المُكَاتَبُ الثاني قبْلَ أنْ يَعْتِقَ المُكَاتَبُ الأولُ؛ فولاءُ المُكَاتَبِ الثاني للمولىٰ، لَا للمُكَاتَبِ الأوَّلِ؛ لأنَّ للمولىٰ في مُكاتَبِ المُكَاتَبِ نوعَ مِلْكٍ؛ لأنَّ عَبْدَ المُكَاتَبِ عبْدٌ للمولىٰ مِن وَجْهٍ؛ لأنَّ للمولىٰ نوْعَ مِلْكٍ في أكسابِ [٦/٣٧٣و/م] مُكاتَبِه؛ لأنَّ سببَ المِلْكِ قائمٌ، وهوَ مِلْكُ رقبتِه، ولكنْ سَقَطَ اعتبارُه شرعًا نظرًا للعبدِ في حقِّ تملُّكِه مطلقًا، فوَجَبَ المِلْكُ مِنْ وَجْهٍ؛ لأنَّ النظرَ

---

(١) وقع بالأصل: «ملك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وتصحُّ إضافةُ الإعتاق إليه في الجُملة ، فإذا تعذر إضافتُهُ إلى مُباشر العقْد لعدم الأهليّة ؛ أُضيف إليه كما في العبْد إذا اشترى شيئًا .

فَلَو أَدَّى الْأَوَّلُ بَعْدَ ذَلِكَ وَعُتِقَ لَا يَنْتَقِلُ الْوَلَاءُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى جُعِلَ مُعْتِقًا وَالْوَلَاءُ لَا يَنْتَقِلُ عَنِ الْمُعْتِقِ فإنْ أدّى الثّانِي بعْد عتقِ الْأوّل ؛ فولاؤهُ له ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ مِنْ أَهْلِ ثُبُوتِ الْوَلَاءِ وَهُوَ الْأَصْلُ فَيَثْبُتُ لَهُ .

غاية البيان

لمُكَاتَبِ يحصُلُ مع وقوعِ المِلْكِ للمولىٰ مِن وَجْهٍ ، فكانَ عبدًا لهُ مِنْ وَجْهٍ .

قولُه : (وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الْإِعْتَاقِ إِلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ) ، يَعْنِي : يَجُوزُ أَنْ يُقالَ لمعْتِقِ مُعْتَقِ فلانٍ إنَّه مُعْتِقُ فلانٍ بطريقِ التسْبيبِ مجازًا ، ولهذا دخَلَ في الاستئمانِ على الموالي مُعْتَقُ مُعْتَقِ فلانٍ .

قولُه : (فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَىٰ مُبَاشِرِ الْعَقْدِ لِعَدَمِ الْأَهْلِيَّةِ ؛ أُضِيفَ إِلَيْهِ) ، يَعْنِي : لما تعذَّرَ إضافةُ الإعتاقِ إلىٰ مباشرِ العقدِ ـ وهو المُكَاتَبُ ـ لعدمِ أهليّتِه للإعتاقِ لقيامِ الرِّقِّ ؛ أُضِيفَ الإعتاقُ إلىٰ مولىٰ المُكَاتَبِ تسْبِيبًا ؛ لأنَّه لولا كتابتُه لم يَملكِ المُكَاتَبُ أن يُكاتِبَ ، فاعْتُبِرَ المولىٰ هوَ المعْتِقُ لمكاتبِ المُكَاتَبِ ، فكانَ ولاؤُه للمولىٰ .

قولُه : (كَمَا فِي الْعَبْدِ إِذَا اشْتَرَىٰ شَيْئًا) ، يَعْنِي : يَثْبُت المِلْكُ في الشيءِ المشْتَرَىٰ لمولىٰ العبدِ لَا للعبدِ ؛ لعدمِ أهليّتِه للمِلْكِ[1] ؛ لقيامِ الرِّقِّ فيه .

قولُه : (فَإِنْ أَدَّىٰ الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ؛ فَوَلَاؤُهُ لَهُ) ، يَعْنِي : إذا أَدَّىٰ المُكَاتَبُ الأولُ بدلَ الكِتابَةِ فعتَقَ ، ثُمَّ أَدَّىٰ المُكَاتَبُ الثاني ؛ فولاءُ المُكَاتَبِ الثاني للمُكَاتَبِ الأولِ ، لَا لمولاهُ ؛ لأنَّ الأصلَ في إضافةِ الحُكْمِ هوَ المباشِرُ لَا المُسَبِّبُ ، والمباشِرُ هوَ العاقدُ ، وهوَ المُكَاتَبُ الأولُ ، فيُضافُ[2] ولاءُ المُكَاتَبِ الثاني إليه ؛ لأنَّه لَا

(١) وقع بالأصل : «أهلية المِلْك» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) وقع بالأصل : «فيصادق» ، والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

قَالَ: وإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، أَوْ بَاعَهُ نَفْسَه، أَوْ زَوَّجَ عَبْدَهُ؛ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَيْسَتْ مِنْ الْكَسْبِ وَلَا مِنْ تَوَابِعِهِ. أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ الْمِلْكِ عَنْ رَقَبَتِهِ وَإِثْبَاتُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ الْمُفْلِسِ، وَكَذَا الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ عَلَى مَالٍ فِي الْحَقِيقَةِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّهُ تَنْقِيصٌ لِلْعَبْدِ وَتَعْيِيبٌ لَهُ وَشَغْلُ رَقَبَتِهِ بِالْمَهْرِ

غاية البيان

ضرورةَ في تحويلِ الحُكْمِ عنه إلى المسبَّبِ، وهوَ مولى المُكَاتَبِ الأوَّلِ، فثَبَتَ الولاءُ للمُكَاتَبِ لَا للمولى.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، أَوْ بَاعَهُ نَفْسَه، أَوْ زَوَّجَ عَبْدَهُ؛ لَمْ يجُزْ)، أي: قالَ في **«الجامعِ الصغيرِ»**(١).

وترتيبُ لفظِ **«الجامع الصغيرِ»** مَرَّ عندَ قولِه: (وَكذلكَ إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ)، وذلكَ لأنَّ المُكَاتَبَ يَمْلِكُ ما كانَ مِنَ الاكتسابِ، وهذه الأشياءُ ليسَتْ مِنَ الاكتسابِ، بلْ مِنَ التصرفاتِ الضارَّةِ.

أمَّا الأولُ ـ وهوَ الإعتاقُ على مالٍ ـ: فلأنَّ المِلْكَ يزولُ بهِ، بحيثُ لَا يَجُوزُ نسْخُه بعِوَضٍ في ذِمَّةِ العبدِ المفْلِسِ، فلعلَّه يُوصلَه إلى مولاه، ولعلَّه لَا يُوصلَه، فكانَ ضررًا ناجزًا.

وأمَّا الثاني ـ وهو بَيْعُ المُكَاتَبِ نَفْس عبْدِهِ مِن نفسِه ـ: فلأنَّه إعتاقٌ على مالٍ أيضًا، وحُكْمُه مَرَّ.

وأمَّا الثالثُ ـ وهو تزْوِيجُ المُكَاتَبِ [٦/٣٧٣ظ/م] عَبْدَه ـ: فلأنَّه ليسَ مِنَ الاكتسابِ في شيءٍ [٢/٥٤١ظ]، بلْ فيه ضررٌ، حيثُ تكُونُ رقبةُ العبدِ مشغولةً بالمهرِ والنفقةِ، وليسَ كذلكَ تزْوِيجُ الأَمَةِ؛ لأنَّه يَسْتَفِيدُ بِهِ المهر، فكانَ اكتسابًا.

قولُه: (عَلَى مَا مَرَّ)، إشارةٌ إلى قولِه: (لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ، فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].

وَالنَّفَقَةِ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِ الْأَمَةِ؛ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ الْمَهْرَ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا؛ لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الِاكْتِسَابَ كَالْمُكَاتَبِ، وَلِأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الْأَمَةِ وَالْكِتَابَةِ

غاية البيان

بِهِ الْمَهْرَ).

قولُه: (قَالَ: وَكذلكَ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْمُكَاتَبِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»(١).

يَعْنِي: يَمْلكُ الأبُ والوَصِيُّ في رقيقِ الصغيرِ ما يَمْلكُ المُكَاتَبُ، ولا يَمْلِكانِ فيه ما لَا يَمْلكُ المُكَاتَبُ في عَبْدِه، وهذا الذي ذكرَه صاحبُ «الهدايةِ» رحمه الله هنا مِن مِلْكِ تزْويجِ الأبِ والوَصِيِّ أَمَةَ الابنِ واليتيمِ بلَا خلافٍ: هوَ الصحيحُ، بخلافِ ما ذكرَ في المأذونِ مِنَ الخلافِ، حيثُ جوَّزَه عندَ أبي يوسفَ خلافًا لهما، فإنه ليسَ بصحيحٍ(٢).

قالَ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يَكُونُ لهُ الابنُ الصغيرُ، فيُكاتِبُ عبْدًا مِن عَبِيدِه، قالَ: المُكَاتَبَةُ جائزةٌ، وإنْ أعتقَه على مالٍ لَمْ يَجُزْ، وإنْ باعَه نفسَه بمالٍ لَمْ يَجُزْ، وإنْ زوَّجَ عبْدَ ابنِه لَمْ يَجُزْ، وإنْ زوَّجَ أَمَةَ ابنِه فهوَ جائزٌ، وكذلكَ الوَصِيُّ هوَ بهذه المنزلةِ»(٣). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ لأنَّ ولايةَ الأبِ والوَصِيِّ نظريةٌ، والكِتابَةُ وتزْوِيجُ الأَمَةِ فيهما اكتسابُ المالِ، فحَصَلَ النظرُ فجازَ، وما سواهما ليسَ فيه اكتسابٌ، فلَمْ يَكُنْ فيه نَظَرٌ، فلَمْ يَجُزْ ذلكَ منهما.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].
(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٢١/٥].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].

نَظَرًا لَهُ. وَلَا نَظَرَ فِيمَا سِوَاهُمَا وَالْوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ. [١٢٨/و] قَالَ: فَأَمَّا الْمَأْذُونُ لَهُ: فلا يملكُ شيئًا مِنْ ذَلِكَ عندَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله، وقالَ أبو يوسفَ: لهُ أَنْ يُزَوِّج أمتهُ وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ الْمُضَارِبُ وَالْمُفَاوِضُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ،

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «إذا كَاتَبَ عبْدَ ابنِه الصغيرِ جازَتِ الكِتَابَةُ، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ تُفْضِي إلىٰ العتقِ، والأبُ لَا يَمْلكُ عِتْقَ عبْدِ ابنِه، وفي الاستحسانِ: يَجُوزُ؛ لأنَّ في ذلكَ إصلاحَ مالِ الولدِ؛ لأنَّ فيه اكتسابَ المالِ لهُ.

ولو أعتَقَه علىٰ مالٍ لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ في العتقِ علىٰ مالٍ استهلاكَ مالِ الصبيِّ ببدلٍ علىٰ مُفْلِسٍ؛ لأنَّ العبدَ في الحالِ لَا يَمْلكُ شيئًا، وليسَ كالكِتَابَةِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ تحتَمِلُ النقْضَ والردَّ، فتَنْتَقِضُ الكِتَابَةُ إذا عجزَ عنِ الأداءِ، وأمَّا العتقُ علىٰ مالٍ فلَا يَحْتَمِلُ النقْضَ والردَّ، وفي أَخْذِ المالِ منه خَطَرٌ».

ثُمَّ أوردَ الفقيهُ هنا سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«فإنْ قيلَ: لوْ باعَ عبْدَ ابنِه مِنْ إنسانٍ مُفْلِسٍ جازَ البَيْعُ، فَلِمَ لَا يَجُوزُ هاهنا؟

قيل له: لأنَّه يَجُوزُ لهُ أنْ يَحْبِسَ المَبِيعَ حتىٰ يَصِلَ إليه الثَّمَنُ، وأمَّا العبدُ إذا عتَقَ لَا يُمْكِنُه حَبْسُه، وكذلكَ الجوابُ في الوَصِيِّ».

قولُه: (قَالَ: فَأَمَّا الْمَأْذُونُ لَهُ: فَلَا يَمْلِكُ شَيْئًا مِنْ ذلكَ عندَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله.

وقالَ أبو يوسفَ رحمه الله: لهُ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[1].

وترتيبُ لفْظِ أصلِ «الجامعِ [٣٧٤/٦و/م] الصغيرِ» مَرَّ عندَ قولِه: (وَكذلكَ إنْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].

هُوَ قَاسَهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ وَاعْتَبَرَهُ بِالْإِجَارَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ الْمَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ، وَهَذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، فَأَمَّا الْمُكَاتَبُ يَتَمَلَّكُ الِاكْتِسَابَ وَهَذَا اِكْتِسَابٌ،

غاية البيان

كَاتَبَ عَبْدَهُ)، يَعْنِي: لَا يَمْلِكُ المأذونُ لهُ في التِّجارَةِ كِتَابَةَ عَبْدِه، وتزْوِيجَ عَبْدِه، وتَزْوِيجَ أَمَتِه، وإعتاقَهُ على مالٍ، وبَيْعَه نَفْسَه مِن نَفْسِه.

وعندَ أبي يوسفَ ﵀: يَجوزُ لهُ تزْوِيجُ الأَمَةِ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﵀: (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: الْمُضَارِبُ، وَالْمُفَاوِضُ، وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عِنَانٍ)، يَعْنِي: أَنَّ لهؤلاءِ الثلاثةِ جميعًا تزْوِيجَ الأَمَةِ عندَ أبي يوسفَ ﵀ خلافًا لهما، **ولنا في هذا النقلِ نظَرٌ**[1]؛ لأنَّ المُفَاوَضَ يَجُوزُ لهُ تزْوِيجُ الأَمَةِ بالاتفاقِ، ولا يَجُوزُ ذلكَ مِن أحدِ شَرِيكَي العِنَانِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﵄ خلافًا لأبي يوسفَ ﵁.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما نصَّ الكَرْخِيُّ ﵀ في «مختصرِه» في بابِ المُفَاوَضَةِ: «ويَجُوزُ لأحدِ المفاوِضَيْنِ أن يُكاتِبَ عبيدَ التِّجارَةِ، ويأذَنَ لهم في [٢/٥٤٢و] التِّجارَةِ، ولا يَجُوزُ أنْ يَعْتِقَ شيئًا مِن رقيقِ التِّجارَةِ على مالٍ، ولا يَجُوزُ أنْ يُزَوِّجَ العبدَ أيضًا، ويَجُوزُ أنْ يُزَوِّجَ الإماءَ، ويَجُوزُ أنْ يدفعَ المالَ مُضَارَبَةً». إلىٰ هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﵀.

ذكَرَ جوازَ تزْوِيجِ الإماءِ للمُفاوِضِ بلَا ذِكْرِ الخلافِ كما ترىٰ، وكذلكَ أثبتَه القُدُورِيُّ في «شرحِه»، وعلَّل بقولِه: «لأنَّ تزْوِيجَ الأَمَةِ فيه مَنْفَعَةٌ، أَلَا تَرَىٰ أنَّه تسْقُطُ عنه نفقتُها ويسْتَحِقُّ مهرَها وولدَها، وتصرُّفُه عامٌّ في كلِّ ما عادَ نَفْعُه إلىٰ المالِ».

---

(١) قال صاحب «العناية»: ذكر في بعض الشروح ـ يريد به الأتقاني ـ أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف. واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف. وقال: ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه. ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/١٧٧].

. . . .

وقالَ الكَرْخِيُّ ﵀ أيضًا في بابِ ما يَجُوزُ لأحدِ شَرِيكَي العِنَانِ أنْ يعملَه في المالِ: «وليسَ لأحدِهما أن يُكاتِبَ عبدًا مِن تجارتِهما، ولا يُعْتقُه علىٰ مالٍ، ولا يُزوِّجُ عبدًا ولا أَمَةً في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﵄، وقالَ أبو يوسفَ ﵀: يُزَوِّجُ الأَمَةَ خاصةً، ولا يُزَوِّجُ في غيرِ ذلكَ ممَّا ذَكَرْنا».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «الكافي»: «ولأحدِ المفاوضَيْنِ أن يُكاتِبَ عبدًا مِنْ تجارتِهما، وله أنْ يأذنَ لهُ في التِّجَارَةِ، وليسَ لهُ أنْ يُعْتقَه علىٰ مالٍ، ولا أنْ يُزوِّجَه، وله أنْ يُزَوِّجَ الأَمَةَ، وليسَ لشريكِ العِنَانِ أن يُكاتِبَ، ولا أنْ يُزَوِّجَ الأَمَةَ، وكذلكَ المُضَارِبُ»(١). إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ ﵀.

وقالَ **الفقيهُ أبو الليثِ** ﵀ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «فهؤلاءِ الأربعةُ الأصناف لَا يَجُوزُ عِتْقُهم علىٰ مالٍ، وتَجُوزُ كتابتُهم في الاستحسانِ، وفي قولِ بِشْرٍ ﵀: لَا تَجُوزُ كتابتُهم؛ لأنَّ كلَّ مَنْ لَا يَمْلكُ العتقَ لَا يَمْلكُ الكِتَابَةَ علىٰ مالٍ علىٰ قولِه، وإنْ زوَّجَ أحدٌ مِن هؤلاءِ الأربعةِ أَمَةً؛ جازَ النِّكَاحُ بالاتفاقِ؛ لأنَّ فيه اكتسابَ المالِ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ ﵀.

أرادَ **بالأصنافِ الأربعةِ**: الأبَ، والوَصِيَّ، والشَّرِيكَ المُفَاوِضَ، والمُكَاتَبَ؛ لأنَّه أشارَ إليهم بعد ذِكْرِهم قبْلَ هذا.

ثُمَّ **قَالَ الفقيهُ**: «ولوْ كانَ عبدًا مأذونًا، أوْ شريكَ عِنَانٍ، أوْ مُضاربًا زوَّجَ أحدَ هؤلاء الثلاثةِ؛ لَمْ يَجُزْ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﵄، ويَجُوزُ في قولِ أبي يوسفَ ﵀، ولا تَجُوزُ [٦/٣٧٤ظ/م] كِتَابَةُ هؤلاءِ النفَرِ الثلاثةِ بالاتفاقِ.

ولوْ زوَّجَ أحدٌ مِنْ هؤلاءِ النفرِ الثلاثةِ ـ أوْ مِنَ النفَرِ الأربعةِ الذين ذَكَرْنا ـ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٦٤].

. . . .

العبد امرأةً؛ لم يَجُز بالاتفاقِ؛ لأنَّ في ذلكَ إيجابَ الغُرْمِ، وليسَ فيه مصلحةٌ، فصار تزويجُ العبدِ بمنزلةِ اصطناعِ المعروفِ، ولا يَجُوزُ لهؤلاءِ اصطناعُ المعروفِ». إلى هنا لفظُ الفقيهِ أبي الليثِ رحمه الله.

وقالَ الإمام الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «الأبُ والوَصِيُّ والمُفَاوَضُ لَا يَمْلِكونَ العتقَ على مالٍ، ويمْلِكونَ المكاتبةَ والمُكَاتَبَ، وهؤلاءِ الثلاثةُ يَمْلِكونَ تَزْوِيجَ الأَمَةِ، وليسَ لهم تَزْوِيجُ العبدِ.

وأمَّا الصبيُّ المأذونُ، والعبدُ المأذونُ، والشَّرِيكُ شركةَ عِنَانٍ، والمُضَارِبُ: لَا تَجُوزُ لهم الكِتَابَةُ، ولا تَزْوِيجُ العبدِ بالإجماعِ، وفي تَزْوِيجِ الأَمَةِ اختلافٌ، عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رضي الله عنهما: لَا يجوز، وعند أبي يوسفَ رضي الله عنه: يجوزُ»(١). إلى هنا لفظُ «شرحِ الطَّحَاوِيِّ رحمه الله».

فَعُلِمَ: أن المُفَاوضَ لَا خلافَ فيه في جوازِ تزْوِيجِه الأَمَةَ، ولم يتعرَّضِ الشارِحونَ كما هوَ عادتُهم في التقليدِ.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ رحمه الله في جوازِ تَزْوِيجِ الأَمَةِ: القياسُ على المُكَاتَبِ، وهوَ أنَّ المُكَاتَبَ يَجُوزُ لهُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ، فكذا يَجُوزُ ذلكَ للمأذونِ؛ لأنَّهما يَمْلِكانِ ما كانَ مِن قَبِيلِ التِّجَارَةِ، وفي تَزْوِيجِ الأَمَةِ معنى الإِجَارَةِ؛ لأنَّ التزْوِيجَ تمليكُ المَنْفَعَةِ بعِوَضٍ، والإِجَارَةُ كذلكَ، والإِجَارَةُ تجارةٌ، فيَكُونُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ تجارةً أيضًا؛ لحصولِ معنى التِّجَارَةِ فيه.

وَوجْهُ قولِهما: أنَّ المأذونَ يَتَصَرفُ بحُكْمِ الإذْنِ فيما كانَ تجارةً، وتزْوِيجُ [٢/٥٤٢ظ] الأَمَةِ لَا يُسمَّى تجارةً؛ لأنَّ التِّجَارَةَ عبارةٌ عنْ مبادلةِ المالِ بالمالِ، وفي

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٥٣].

لأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة؛ إذ هي مبادلة المال بالمال، ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد، والله أعلم.

... يوجد هذا المعنى، فصار كالكتابة، فلا يجوز للمأذون له أن يكاتب عنده. فكذا لا يزوج أمته.

بخلاف المُكَاتَبِ، فإنَّه يَمْلكُ تزويجَ الأَمَةِ، كما يَمْلكُ التِّجَارَةَ؛ لأنَّه مِنْ قبيل اكتساب المالِ، والمُكَاتَبُ يَمْلكُ اكتسابَ المالِ؛ لصَيْرورتِه مُلْحقًا بالأحرارِ في حقِّ الاكتسابِ ضرورةَ التوسُّلِ إلى أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، فظهَرَ الفرقُ بينَ المُكَاتَبِ والمأذونِ.

قولُه: (فَيُعْتَبَرُ بِالْكِتَابَةِ دُونَ الْإِجَارَةِ؛ إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ)، أي: يُعْتَبَرُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ بِالكِتَابَةِ؛ لأنَّ كُلًّا منهما مبادلةُ المالِ بغيرِ المالِ؛ لأنَّ البدلَ في الكِتَابَةِ بمقابلةِ فَكِّ الحجْرِ، فلَا يَجُوزُ للمأذونِ لهُ أنْ يُكاتبَ، فكذا لَا يَجُوزُ لهُ أنْ يُزَوِّجَ الأَمَةَ.

ولا يُعْتَبرُ تَزْوِيجُ الأَمَةِ بِالْإِجَارَةِ كما قالَ أبو يوسفَ رحمه الله؛ لأنَّ الْإِجَارَةَ مبادلةُ المالِ بالمالِ، ولا مشابهةَ بينهما، والمَنْفَعَةُ في بابِ الْإِجَارَةِ مالٌ؛ لأنَّ المَنَافِعَ تصْلُحُ مهرًا في بابِ النِّكَاحِ، مع أنَّ النِّكَاحَ لَا يُشْرَعُ بلَا مالٍ؛ لقولِه تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

واللهُ تعالى أَعْلَمُ بالصوابِ.

فصـــلٌ

قال: وإذا اشترى المُكاتبُ أباهُ أوْ ابنهُ، دخل في كتابته؛ لأنَّهُ منْ أهْلِ أنْ يُكاتبَ إنْ لمْ يكُنْ منْ أهْلِ الإعْتاقِ فيُجعلُ مُكاتبًا تحْقيقًا للصِّلة بقدْرِ الإمْكانِ. ألَا ترى أنَّ الحُرَّ متى كانَ يمْلكُ الإعْتاقَ يُعْتقُ عليْهِ.

﴿ غاية البيان ﴾

فَصْـــلٌ

لَمَّا ذكرَ مسائلَ وقوعِ الكِتَابةِ بطريقِ الأصالةِ: شرَعَ يذْكُرُ [illegible] وقوعَ الكِتَابةِ بسبيلِ التبعيةِ؛ لأنَّ التبعَ بعدَ الأصلِ.

قولُه: (قال: وإذَا اشْتَرى المُكاتبُ أباهُ أوْ ابنَهُ، دخل في كِتابته)، أي: قال القُدُوريُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

وإنَّما قالَ: دخَلَ في كتابتِه ولم يقُلْ: صارَ مُكاتبًا؛ لأنَّ الكِتَابةَ في المشتري بسبيلِ التبعيةِ، ولوْ كانَتْ بطريقِ الأصالةِ لبقِيَتْ بعدَ عَجْزِ المُكَاتَبِ.

وجملةُ القولِ هنا: ما قالَ القُدُوريُّ في كتابِ «التقريبِ»: «قال أبو حنيفة ﷺ: إذا اشترىَ المُكَاتَبُ ذوي أرحامِه؛ دخَلَ في الكِتَابةِ مَنْ لهُ وِلَادٌ استحسنَ. وقال: يدْخُلُ في الكِتَابةِ مَن يَعتِقُ على الحُرِّ إذا ملَكَه.

وَجْهُ القياسِ: أنَّ المشترىَ كسْبٌ له، والسِّرايةُ لا تثْبُتُ للأكسابِ؛ بدلالة كَسْبِ المُدَبرِ وأُمِّ الولدِ، وكسْبِ الجاريةِ المَبيعةِ في يدِ البائعِ. ولأنَّهم لوْ دخلوا لاستحقُّوا الحُرِّيَّةَ بفعْله من غيرِ عوضٍ، وهو لا يملكُ هذا المعنى. وإنَّما استحسنوا في الأبويْنِ والولدِ؛ لأنَّهم ينتسبونَ إليه بالولادِ كالولدِ المولودِ. ويجوزُ القياسُ عندنا على موضعِ الاستحسانِ إذا أجمعوا على القياسِ عليه.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٧٩].

....

لهما: أنَّ المشترىٰ إذا كانَ بينه وبينَ المُشْتَرِي رحمٌ كاملٌ، صارَ في حُكْمِه؛ بدلالةِ الحُرِّ إذا اشترىٰ ذا رَحِمٍ[1].

والجوابُ: أنَّ الحُرَّ يَمْلكُ الحُرِّيَّةَ بغيرِ عِوَضٍ، والمُكَاتَبُ لَا يَمْلكُها، وليسَ هذا كالمولودِ في الكِتَابَةِ، لأنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ لهُ مِنْ طريقِ السِّرَايَةِ لَا بفِعْلِه». كذا في «**التقريبِ**».

وقالَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله في «**مختصرِه**»: «ومَن ملَكَه المُكَاتَبُ مِن ولدِه وإنْ سَفَلَ، أوْ مِنْ والِدِه وإنْ علا؛ لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يَبِيعَه، وكانَ لهُ كَسْبُه، فإذا أدَّىٰ المُكَاتَبُ الكِتَابَةَ عتَقَ وعتَقَ معه مَنِ اشتراه ممَّنْ ذَكَرْنا.

وإنِ اشترىٰ سوىٰ مَنْ ذَكَرْنا مِن ذوي أرحامِه المُحَرّمات؛ فإن أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه كانَ يَقُول: لهُ أنْ يَبِيعَهم جميعًا.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٍ رضي الله عنهما: ليسَ لهُ أنْ يَبِيعَ أحدًا منهم، وهمْ في حُكْمِ مَنْ سواهُ مِنْ ذوي أرحامِه المُحَرّماتِ.

وإنْ ماتَ المُكَاتَب والمُكَاتَبَةُ عليه[2]، وتركَ مَنِ اشترىٰ ممَّنْ لهُ بَيْعُه في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وممَّن ليسَ لهُ بَيْعُه في قولِه مِن ذوي أرحامِه المُحَرّماتِ؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ قالَ: يُباعون جميعًا، وسَوَّىٰ في ذلكَ بينَ الوَالِدَيْنِ وبينَ غيرِهما إلَّا في ولدِه؛ فإنَّه قالَ: يُقالُ له: إنْ أدَّيْتَ المُكَاتَبَةَ حالَّةً قَبِلْناها منكَ وعتَقْتَ [٢/٥٤٣و]، وعتَقَ أبوكَ بعتَاقِكَ، وإنْ أبَيْتَ ذلكَ كنتَ أنتَ وأبوكَ مملوكَيْنِ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦١٣/٣]، «تبيين الحقائق» [١٥٨/٥، ١٥٩]، «الجوهرة النيرة» [١٤٥/٢]، «تكملة البحر الرائق» [٥٥/٨]، «الدر المختار» [١٠٩/٦]، «الفتاوىٰ الهندية» [١١/٥]، «حاشية ابن عابدين» [١٠٩/٦].

(٢) أي: بدل الكتابة. كذا جاء في حاشية: «م»، و«ن».

. . . .

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: كلُّ ذوي أرحامِه المُحَرّماتِ في هذا في حُكْمِ ابنِه المولودِ في الكِتابَةِ مِن أَمَةٍ كانَتْ له، يَسْعَونَ في المُكاتَبَةِ على نجومِها، فإنْ أدَّوها عَتَقُوا، وعتَقَ المُكاتَبُ الميتُ، وإنْ عجَزُوا عنها عادوا، وعادَ الميتُ المُكَاتَبُ رقيقًا». إلى هنا لفظُ «مختصرِ الطَّحَاوِيِّ ﷺ»[1].

وقالَ النَّاطِفِيُّ ﷺ في كتابِ «الأجناسِ»: «قال في مُكَاتَبِ «الأصلِ»[2]: لو اشترى المُكَاتَبُ أباه، أوْ جَدَّه، أوْ وَلَدَه [٦/٣٧٥ظ/م]، أوْ أُمَّه؛ ليسَ لهُ بَيْعُهم، ولو اشترى أخاه، أوْ عمَّه، أو ابنَ عمِّه، أو ابنَ أختٍ؛ لهُ بَيْعُهم في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وقالا: ليسَ لهُ بَيْعُ هؤلاء.

وقالَ أبو حَنِيفَةَ: لو أعتقَ مولاه مَن لمْ يَمْلكِ المُكَاتَبُ بَيْعَه مِن هؤلاء؛ جازَ عِتْقُه، ولا يَجُوزُ عِتْقُه لمنْ لَا يَمْلكُ المُكَاتَبُ بَيْعَه، ولوْ ملَكَ الحُرُّ هؤلاءِ عَتَقُوا عليه، فعلى روايةِ هذا الكتابِ: تَكاتَبُوا عليه، ودخلوا في كتابتِه معه مَن لَا يَمْلكُ بَيْعُهم مِن هؤلاء.

وفي «المجرَّدِ»[3]: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: «للمُكَاتَبِ أنْ يُكاتِبَ أبوَيْهِ وأولادَه المشتراةَ، فدلَّ أنهم لم يَتَكاتَبُوا عليه»[4]. هكذا ذكَرَ صاحبُ «الأجناسِ».

ثُمَّ قالَ: «والفرقُ لأبي حَنِيفَةَ بين الحُرِّ والمُكَاتَبِ في الإخوةِ والأخواتِ وأولادِهم والأعمامِ والعَمَّاتِ هوَ: أنَّ مِلْكَ المُكَاتَبِ ناقصٌ؛ بدليلِ أنَّه لوِ اشترى

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٩٢ - ٣٩٣].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/١٨٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) المجرَّد: اسم كتاب صنَّفه الحسنُ بن زياد تلميذ أبي حنيفة ﷺ. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٣٣٨].

وإن اشترى ذا رحِم محرَم مِنهُ لا ولادَ لهُ؛ لمْ يدْخل في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: يدْخُلُ؛ اعْتبارًا بِقرَابَةِ الوِلَادِ إِذْ وُجُوبُ الصِّلَةِ يَنْتَظِمُهُمَا ولهذا لا يفترقانِ فِي الْحُرِّ فِي حقِّ الْحُرِّيَّةِ.

غاية البيان

زوجته لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، وقَرَابَةُ هؤلاءِ ضعيفةٌ؛ بدليلِ أنَّه تَجُوزُ شهادةُ بعضِهم لبعضٍ. فصادفَتْ قَرَابَةٌ ضعيفةٌ مِلْكًا ناقصًا لذلكَ لم يَتَكاتَبُوا عليه.

وعكْسُه قَرَابَةُ الأبوَيْنِ والأجدادِ والجَدَّاتِ والأولادِ، لَمَّا كانَتْ هذه القَرَابَةُ قويةً؛ تَكاتَبُوا عليه، وإنْ كانَ مِلْكُه ناقصًا؛ لِقُوَّةِ هذه القَرَابَةِ، فلَمْ يُوجَدْ مُصادفةُ نقصٍ ناقصًا، ولا كذلكَ في الحرِّ؛ لأنَّ مِلْكَه كاملٌ؛ بدليل: أنَّه لوْ ملَكَ امرأته فسَدَ النكاحُ، فقدَ صادَفَ قرابةً ناقصةً مِن وَجْهٍ، وهوَ جوازُ شهادةِ بعضِهم لبعضٍ، وكاملةً مِن وَجْهٍ، وهوَ بطلانُ النِّكَاحِ بينَ ذَكَرِهم وأُنْثاهم مِلْكًا كاملًا، لذلكَ عَتَقُوا عليه[١].

قولُه: (وَإِن اشْتَرَىٰ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَا وِلَادَ لَهُ؛ لَمْ يَدْخُل فِي كِتَابَتِهِ عند أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَا: يَدْخُلُ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله[٢] وقدْ بَيَّنَّا ذلكَ.

وأرادَ بذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ: مَنْ يحْرُمُ نكاحُه بِالنَّسَبِ، ومَنْ لَا وِلَادَ لهُ، كالإخوةِ والأخواتِ، والأعمامِ والعَمَّاتِ وأولادِهم، فإذا ملَكَهم الحُرُّ يَعْتِقُونَ عليه، وإذا ملَكَهم المُكَاتَبُ؛ لَا يَتَكاتَبُون عليه عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه خلافًا لهما[٣].

قولُه: (وَلِهَذَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْحُرِّ فِي حقِّ الْحُرِّيَّةِ)، أي: ولأجْلِ أنَّ وجوبَ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٣٣٨، ٣٣٩].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].
(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» [٣/٦٣١]، «تبيين الحقائق» [٥/١٥٩]، «الفتاوىٰ الهندية» [٥/١١]، «حاشية ابن عابدين» [٦/١٢٠].

وَلَهُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا، غَيْرَ أَنَّ الْكَسْبَ يَكْفِي الصِّلَةَ فِي الْوِلَادِ حَتَّىٰ أَنَّ الْقَادِرَ عَلَىٰ الْكَسْبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ وَلَا يَكْفِي فِي غَيْرِهِمَا حَتَّىٰ لَا يَجِبُ نَفَقَةُ الْأَخِ إِلَّا عَلَىٰ الْمُوسِرِ، ....

غاية البيان

الصلةِ ينتَظِمُ قَرَابَةَ الوِلَادِ وغيرِها مِن ذوي أرحامِه المُحَرّماتِ لم يفترِقْ في حقِّ الحرِّ في الحريةِ القَرابتانِ جميعًا، حتىٰ إنَّ الحرَّ إذا ملَكَ قرابةَ الوِلَادِ يَعْتِقُ عليه، ويَعْتِقُ أيضًا إذا ملَكَ الإخوةَ والأخواتِ، والأعمامَ والعمَّاتِ عندَنا، فيَنْبَغِي ألَّا تفْتَرِقَ القَرابتانِ في حقِّ المُكَاتَبِ أيضًا، فإذا ملَكَ قَرَابَةَ الوِلَادِ يَتَكاتَبُون عليه، فيَنْبَغِي أنْ يتكاتبَ إذا ملَكَ سائرَ ذوي الأرحامِ المُحَرّماتِ مِنْ غيرِ قَرَابَةِ الوِلَادِ.

ولقائلٍ أنْ يَمْنَعَ هذا ويَقُولُ: لَا يفترقانِ أيضًا في المُكَاتَبِ حتىٰ لَا يَتكاتبُ عليه أبوه، أو ابنُه إذا ملَكَه علىٰ روايةِ «**المجرَّدِ**»، أوِ الفرقُ بينَ الحُرِّ والمُكَاتَبِ علىٰ تقديرِ التَّسْليمِ [٦/٣٧٦و/م] ما ذكَرْناه قبلَ هذا عنِ «**الأجناسِ**»[(١)].

قولُه: (**وَلَهُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا**)، **أي**: ليسَ لهُ حقيقةُ المِلْكِ، أوْ ليسَ لهُ مِلْكٌ كاملٌ، ولهذا إذا اشترىٰ زوجتَه لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، ولا [٢/٤٣ظ] يَجُوزُ قَرْضُه ولا هِبتُه، ويحلُّ لهُ التناولُ مِنَ الصدقاتِ، والقادرُ علىٰ الكسبِ يَجِبُ عليه الصلةُ في الوِلَادِ، ولهذا يَجِبُ علىٰ القادرِ علىٰ الكسبِ نفقةُ الوِلَادِ، ولا يَجِبُ عليه الصلةُ في غيرِ الوِلَادِ.

ولهذا لَا تَجِبُ نفقةُ الأخِ علىٰ الأخِ المُعْسِرِ إلَّا إذا كانَ مُوسرًا، فلَمَّا كانَ كذلكَ قلْنا: إن المُكَاتَبَ لهُ كَسْبٌ، ويكفِي ذلكَ للصلةِ في الوِلَادِ، فيتكاتَبُ عليه قَرابَةُ الوِلَادِ، ولا يكفِي ذلكَ للصلةِ في غيرِ الوِلَادِ، فلَا يتَكاتَبُ عليه الأخُ والعَمُّ ونحوُهما.

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٣٣٨].

ولأن هذه قَرَابَةٌ مُتَوَسِّطَة، تَوَسَّطَتْ بَيْنَ بَنِي الْأَعْمام وقرابة الْوِلَاد فَأَلْحَقْنَاهَا بِالثَّانِي فِي الْعِتْقِ، وَبِالْأَوَّلِ فِي الْكِتَابَةِ وَهَذَا أُولَىٰ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ أَسْرَعُ نُفُوذًا مِنْ الْكِتَابَةِ، حَتَّىٰ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ لِلْآخَرِ فَسْخُهُ، وَإِذَا أَعْتَقَ لَا يَكُونُ لَهُ فَسْخُهُ.

قولُه: (وَلِأَنَّ هَذِهِ قَرَابَةٌ مُتَوَسِّطَة، تَوَسَّطَتْ بَيْنَ بَنِي الْأَعْمَامِ وَقَرَابَةِ الْوِلَادِ)، إلى آخره.

يَعْنِي: أنَّ القَرَابَةَ ثلاثةُ أنواعٍ:

قَرَابَةٌ قريبةٌ: كقَرابةِ الوِلَادِ يَثْبُتُ فيها حرمةُ النِّكَاحِ ورَدُّ الشهادةِ.

وقَرَابَةٌ بعيدةٌ: كقَرابةِ بني الأعمامِ لَا يَثْبُتُ فيها حرمةُ النِّكَاحِ وَرَدُّ الشهادةِ.

وقَرَابَةٌ متوسطةٌ: وهيَ قَرَابَةُ ذوي الرَّحِمِ المُحَرّماتِ مِنْ غيرِ الوِلَادِ كقَرابةِ الإخوةِ والأعمامِ ونحوِ ذلكَ يَثْبُتُ فيها حرمةُ النِّكَاحِ، وتُقْبَلُ شهادةُ بعضِهم لبعضٍ.

فإذا كانَتْ هذه القَرَابَةُ متوسطةً ألحَقْناها بِالقَرَابَةِ القريبةِ والبعيدةِ جميعًا؛ لأنَّها ذاتُ حَظٍّ مِنَ الجانِبَيْنِ، فألحَقْناها بالقريبةِ في حقِّ العتقِ، حتىٰ إذا ملَكَ الحُرُّ أخاه أوْ عمَّه يَعْتِقُ عليه، كما إذا ملَكَ أباه أو ابنَه، وألحَقْناها بالبعيدةِ في حقِّ الكِتَابَةِ، حتىٰ إذا ملَكَ المُكَاتَبُ أخاه أو عمَّه؛ لَا يتكاتَبُ عليه كما إذا مَلَك بني عمِّه، ولمْ يُعْكَسْ في الإلحاقِ؛ لأنَّ العتقَ أسرعُ نفاذًا، فكانَ أقوىٰ كقَرابةِ الوِلَادِ فتناسَبا، ولهذا لَا يَجُوزُ فسْخُ العتقِ أصلًا، والكِتَابَةُ تقْبَلُ الفَسْخَ بالقضاءِ أوِ التراضِي.

يُحَقِّقُه: أنَّ أحدَ الشريكَيْنِ إذا عتَقَ ليسَ لشريكِه فَسْخُه، وإذا كَاتَبَ كانَ لشريكِه فَسْخُه.

قالَ: وإذا اشترىٰ أمَّ ولده؛ دخل ولدُها في الكتابةِ، ولَمْ يجُزْ بيْعُها

وَمَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الْوَلَدِ فِي الْكِتَابَةِ فَلِمَا ذَكَرْنَا. وَأَمَّا امْتِنَاعُ بَيْعِهَا فَلِأَنَّهَا تَبَعٌ لِلْوَلَدِ فِي هَذَا الْحُكْمِ، قَالَ ﷺ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ

ـــــ غاية البيان ـــــ

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ؛ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1].

ونَقَلَ النَّاطِفِيُّ[2] رضي الله عنه في «الأجناسِ» عن «نوادرِ ابن رسْتُم» وقالَ: «مُكَاتَبٌ اشترىٰ امرأتَه وقدْ ولدَتْ منه ثُمَّ ماتَ، فإنَّ أبا حَنِيفَةَ رضي الله عنه قالَ: إنْ كانَ معها ولدٌ سَعَتْ[3]، وإلَّا لَمْ تَسْعَ.

وقالَ محمدٌ رحمه الله: عليها أنْ تسعىٰ كانَ معها ولدٌ أوْ لَمْ يكنْ. وهكذا كانَ قولُ يعقوبَ رحمه الله ثُمَّ رَجَعَ إلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه». إلىٰ هنا لفظُ «الأجناسِ».

ثُمَّ قالَ فيه: «وفي «المُكَاتَبِ» روايةُ أبي سليمانَ رحمه الله: إنْ لَمْ يَكُنْ معها ولدٌ وقالَتْ: أُؤَدِّي الكِتَابَةَ كلَّها في الحالِ؛ لم يُقْبَلْ ذلكَ منها، وتُباعُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه».

ثُم قالَ: «وفي «المُكَاتَبِ» [٦/٣٧٦ظ/م] للحسنِ: إنِ اشترىٰ المُكَاتَبُ أُمَّ ولدِه، وليسَ معها ولدٌ؛ لهُ بَيْعُها، ولوِ اشترىٰ أُمَّ ولدِه أوَّلًا، ثُمَّ اشترىٰ ابنًا لهُ منها؛ لم يستطعْ بَيْعُها، وإنْ ماتَ لَمْ يَسْعَيَا فيما علىٰ المُكَاتَبِ، لكنْ إنْ أدَّيَا مالَ الكِتَابَةِ حينَ يَمُوتُ عتقَا»[4]. كذا في «الأجناسِ».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

(٢) وقع بالأصل: «ونقل الشافعي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «بيعت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٣٤٠].

مَعَهَا وَلَدُهَا فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ. وَلَهُ أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ؛ لِأَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخَ، [١٢٨/ط] إِلَّا أَنَّهُ يَثْبُتُ

غاية البيان

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «الكافي» في بابِ موتِ المُكَاتَبِ: «وإذا تركَ المُكَاتَبُ أُمَّ ولدٍ، وليسَ معها ولدٌ، ولَمْ يَتْرُكْ وفاءً؛ بِيعَتْ في المُكاتَبَةِ، وإنْ كانَ معها ولدٌ اسْتُسْعِيَتْ فيها علىٰ الأجَلِ الذي كانَ للمُكَاتَبِ، صغيرًا كانَ ولدُها أو كبيرًا.

وإنْ كانَ ترَكَ مالًا لم يُؤَخَّر إلىٰ أجَلِه، وصارَ حالًّا، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ. وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: حالُ أُمِّ الولدِ بغيرِ الولدِ كحالِها مع الولدِ في جميعِ ذلكَ»(١). إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ ﷺ في «الكافي».

أمَّا دخولُ الولدِ في الكِتَابَةِ: فلِتَحقيقِ معنىٰ الصلَّةِ.

بيانُه: أنَّه لوِ اشترىٰ ابنَه، وهوَ مِنْ أهلِ الإعتاقِ؛ لعَتَقَ عليه، وقدْ اشترىٰ وهوَ مِنْ أهلِ الكِتَابَةِ لَا مِنْ أهلِ الإعتاقِ، فتكاتَبَ عليه تحقيقًا للصلةِ بقَدْرِ الإمكانِ، وهذا معنىٰ قولِه: **(فَلِمَا ذَكَرْنَا)**.

وأمَّا عدمُ جوازِ بَيْعِها إذا كانَ معها ولدُها: فبالاتفاقِ؛ لأنَّ [٥٤٤/٢و] حقَّ الحُرِّيَّةِ يَثْبُت لها تبعًا لولدِها؛ لقوله ﷺ: **«أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»**(٢)، وكذلكَ الحُكْمُ عندَهما إذا لَمْ يَكُنْ معها ولدٌ؛ لأنَّ أُمَّ الولدِ استُحِقَّتْ حقَّ الحُرِّيَّةِ، فيَمْتَنِعُ بَيْعُها كَيْلَا يَلْزَمَ إبطالُ حقِّ الحُرِّيَّةِ.

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: إنَّ مِلْكَ المُكَاتَبِ إنَّما يَظْهَرُ فيما لهُ فيه حاجةٌ أصليةٌ،

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٠].

(٢) هذا جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

بِهِ هَذَا الْحَقُّ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبعًا لِثُبُوتِهِ فِي الْوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَبِدُونِ الْوَلَدِ لَوْ ثَبَتَ ثَبَتَ اِبْتِدَاءً وَالْقِيَاسُ يَنْفِيهِ.

وَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ؛ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ......................

غاية البيان

والمُكَاتَبُ لَا يَحْتَاجُ إلىٰ ثبوتِ الحقِّ لأُمِّ ولدِه ابتداءً، فصارَ كأنَّهُ مَلَكَها وهوَ عبدٌ، فتُباعُ أُمُّ ولدِه إذا ماتَ عاجزًا، بخلافِ ما إذا كانَ معها ولدٌ، حيثُ لَا يَجُوزُ بَيْعُها؛ لأنَّ بقَّيْنا العقدَ على الولدِ، لأنَّ ولدَ المُكَاتَبِ بمنزلتِه، فإذا بقِيَ فيه بقِيَ في الأُمِّ تبعًا، لأنَّ الولدَ هوَ الأصلُ في هذا الحقِّ، فلَمْ يَجُزْ بَيْعُها.

والتحقيقُ هنا أنْ يُقَالُ: إنَّ القياسَ يَقْتَضِي جوازُ بَيْعِها، وإنْ كانَ معها ولدٌ؛ لأنَّ حقَّ الِاسْتِيلَادِ لَا يَنْفَسِخُ، ومِلْكُ المُكَاتَبِ موقوفٌ، فلَمْ يَجُزْ أنْ يتعَلَّقَ بهِ ما لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخُ؛ لأنَّ ما لَا يَنْفَسِخُ أقوىٰ، فلَا يَجُوزُ أنْ يَثْبُتَ في ضِمْنِ الأدنىٰ؛ لأنَّ الشيءَ لَا يَتَضَمَّنُ ما هوَ فوقه.

ولأنَّ مالَ المُكَاتَبِ موقوفٌ عليه وعلىٰ مولاه، فإذا أدَّىٰ الكِتَابَةَ كانَ الفاضلُ للمُكَاتَبِ، وإنْ عجزَ وُرَدَّ في الرِّقِّ؛ كانَ الكلُّ لمولاه، ثُمَّ لَمْ يَثْبُتِ الاستيلادُ في جاريةِ المكاتبِ بدعوىٰ المولىٰ، فكذا بدعوىٰ المكاتبِ؛ لأنَّ الدعوىٰ صادفَتْ مِلْكًا موقوفًا.

وإنَّما تُرِكَ القياسُ إذا كانَ هناكَ ولدٌ؛ لأنَّ حقَّ الحُرِّيَّةِ ثبتَ لها على [٦/٣٧٧و/م] طريقِ التبعيةِ للولدِ، ألَا ترىٰ أنَّ المُكَاتَبَ إذا ماتَ يخْلُفُه الولدُ، فتَسْتَحِقُّ الأُمُّ الحُرِّيَّةَ بكتابتِه، وإذا انفردَتِ الأُمُّ لَمْ يُوجَدْ هذا المعنىٰ، فجازَ بَيْعها، وبَقِيَ الحُكْمُ علىٰ أصلِ القياسِ.

قولُه: (وَإِنْ وُلِدَ لهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ؛ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ

. . . .

في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فكانَ حُكْمُه كحُكْمِه، وكَسْبُه له»[1]، أي: إنْ وُلِدَ للمُكَاتَبِ ولدٌ مِنْ أَمَتِه التي اشترَاها؛ دخَلَ الولدُ في كِتَابَةِ المُكَاتَبِ، فكانَ حُكْمُ الولدِ كحُكْمِ المُكَاتَبِ، وكسْبُ الولدِ للمُكَاتبِ، وذلكَ لأنَّ الولدَ كسْبُه، وكسْبُ الولدِ كسْبُ كَسْبِه، فيَكُونُ لهُ.

وإنَّما كانَ حُكْمُ الولدِ حُكْمَه؛ لأنَّ الولدَ مِنْ حُكْمِه أنْ يَتْبَعَ الأبَ ما لَمْ يَنْتَقِلْ الأُمُّ حُكْمُه عنه، ألَا ترىٰ أنَّ ولدَ الحُرِّ مِنْ أَمَتِه حُرُّ الأصلِ؛ لأنَّ الأُمَّ في مِلْكِه، فلَمْ يَنْتَقِلْ حُكْمُه إلىٰ غيرِه، فكذلكَ ولدُ المُكَاتَبِ مِن أمَتِه يَكُونُ في حُكْمِه، وكذلكَ أيضًا يَدْخُلُ ولدُ المُكَاتَبَةِ مِن زَوْجِها في كتابتِها.

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَدْخُلُ في الكِتَابَةِ، ولكنَّه يَعْتِقُ بعِتْقِها في أحدِ القولَيْنِ، ولا يَعْتِقُ على القولِ الآخرِ[2]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»[3].

ولنا: أنَّ الكِتَابَةَ حقُّ حُرِّيَّةٍ يَمْنَعُ البَيْعَ، فسَرَىٰ إلى الولدِ كالِاسْتِيلَادِ، ولأنَّ الِاسْتِيلَادَ لَا يُوجِبُ زوالَ اليدِ، فإذا سرَىٰ إلى الولدِ فالكِتَابَةُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّها تُوجِبُ زوالَ يدِ المولىٰ.

فإنْ قيلَ: الولدُ إمَّا أنْ يَكُونَ مِلْكًا للمَوْلىٰ، أوْ للمُكَاتَبِ، ولا يَجُوزُ أنْ يَكُونَ مِلْكًا للمُكَاتَبِ؛ لأنَّه لَا يَمْلكُ شيئًا، فلَمْ يبْقَ إلَّا أنْ يَكُونَ مِلْكًا للمولىٰ، وهوَ لم يَرْضَ إلَّا بكتابةِ الأُمِّ خاصةً، فلَا يَلْزَمُه ما لم يَرْضَ به.

قيلَ له: هذا التقسيمُ موجودٌ في أُمِّ الولدِ، ويتْبَعُها في حُكْمِها، فبأيِّ شيءٍ

---

(1) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٧٩].

(2) والقولُ الثاني: هو المذهبُ. وهو أن ولد المُكَاتَب مُكاتبٌ. ينظر: «الأم» للشافعي [٩/٣٩١]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٨/٣١٤]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٧/٥٣٦].

(3) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٢].

. . . .

انفصلوا بهِ هناكَ فهوَ الجوابُ في مسألتِنا، فإذا ثبتَ أنَّ الولدَ حُكْمُه حُكْمُ المُكَاتبِ يَدْخُلُ في كتابتِه؛ كانَ كَسْبُه له؛ لأنَّه إذا لم تُوجَدِ الدِّعْوةُ منه؛ كانَ الولدُ وكَسْبُه للمُكَاتَبِ، فكذا إذا وُجِدَتِ الدِّعْوةِ؛ لأنَّه لَا يَمْلكُ إخراجَ مِلْكِه إلى غيرِه بغيرِ عِوَضٍ، فكانَ لهُ كسْبُ الولدِ بعدَ الدِّعْوةِ أيضًا.

وهذا معنى قوله، (**وَيَكُونُ كَذَلِكَ قَبلَ الدِّعْوَةِ، فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدِّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ**)، أي: اختصاصُ المُكَاتَبِ بكَسْبِ ولدِه، يَعْنِي: اختصاصَه الذي كانَ ثابتًا قبْلَ الدِّعْوةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: المُكَاتَبُ لَا يَمْلكُ وَطْءَ جاريتِه، ولهذا قالَ في «**أصولِ** [٢/٥٤٤ظ] **الفقه**» في بابِ الأمورِ المعترضةِ على الأَهْلِيةِ: «لا يَمْلكُ العبدُ والمُكَاتَبُ التسَرِّيَ»[1]، وقدْ صَرَّحَ الحسنُ بنُ زيادٍ ﷺ في كتابِ «**المجرَّدِ**»: أنَّ المُكَاتَبَ لَا يَتَسَرَّىٰ، فكيفَ قالَ القُدُورِيُّ: «وإنْ وُلِدَ لهُ ولدٌ مِن أَمَةٍ دخلَ في كِتَابتِه»؟!

قُلْتُ: لَا يَلْزَمُ مِنْ عدمِ جوازِ التسَرِّي ألَّا يَثْبُتَ نسبُ الولدِ منه، وألَّا يَدْخُلَ في كِتَابتِه؛ لأنَّ الوطءَ بالشبهةِ يَكْفِي لثباتِ النَّسَبِ، وللمُكَاتبِ مِلْكُ اليدِ، فكانَ [٦/٣٧٧ظ/م] ذلكَ شُبْهَةً.

وصَرَّحَ بذلكَ في «**المجرَّدِ**» **أيضًا حيثُ قالَ**: «وليسَ للمُكَاتَبِ أنْ يَتَسَرَّىٰ جاريةً، وليسَ لهُ أنْ يتزوَّجَ امرأةً حُرَّةً، ولا أَمَةً إلَّا بإذْنِ مولاه». ثُمَّ قالَ: «وإن تسَرَّىٰ فوُلِدَ لهُ ولدٌ فادعاه؛ كانَ فِراشًا، وثبتَ النَّسَبُ». هذا لفظُ الحسنِ ﷺ.

ولهذا إذا ادَّعَى المولىٰ ولدَ جاريةِ مُكَاتَبِه[2] صحَّ النَّسَبُ لِلشُّبْهَةِ، وإنْ لَمْ يَحِلَّ الوطءُ، وكذا إذا ادَّعَى أحدُ الشريكَيْنِ ولدَ الجاريةِ المشتركةِ؛ ثبتَ النَّسَبُ،

---

(١) ينظر: «أصول الفقه» للبزدوي [ص/٣٣٣].

(٢) وقع بالأصل: «مكاتبة». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«س».

لِمَا بيَّنَّا فِي الْمُشْتَرَى فَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبِهِ لَهُ؛ لِأَنَّ كَسْبَ الْوَلَدِ كَسْبُ كَسْبِهِ وَيَكُونُ كَذَلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ. وَكَذَلِكَ إِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتَبَةُ وَلَدًا لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا. فَيَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ. كَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ.

مع أنَّ الوطءَ لَا يَحِلُّ، وكذا إذا استولدَ الأَبُ جاريةَ ابنِه مع أنَّ الوطءَ لَا يَحِلُّ للشُّبْهَةِ.

فإذا ثبتَ النَّسبُ مِنَ الأبِ فَمِنَ المولى أَوْلَى؛ لأنَّ جاريةَ الابنِ تَحِلُّ للابنِ، وجاريةُ المُكَاتَبِ لَا تَحِلُّ للمُكَاتَبِ، ففي هذه الصورِ كلِّها ثبتَ النَّسبُ للشُّبْهَةِ، فكذا يَثْبُتُ للمُكَاتَبِ في ولد أَمَته للشُّبْهَةِ أيضًا.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُشْتَرَى)، أي: في الولدِ المُشْتَرَى. أشارَ به إلى ما ذكرَ بقولِه في أوَّلِ الفصلِ: (لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتَبَ).

قولُه: (وَكَذَا إِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتَبَةُ وَلَدًا)، ذكرَه تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، وقدْ بيَّنَّاه، يَعْنِي: يَدْخُلُ ولدُ المُكَاتَبَةِ مِن زَوْجِها في كتابتِها كما يَدْخُلُ ولدُ أَمَةِ المُكَاتَبِ في كتابتِه.

قولُه: (لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ الْبَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا. فَيَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ. كَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ)، وهذا لأنَّ الأوصافَ القارَّةَ في الأمَّهاتِ تَسْرِي إلى الأولادِ كما في التَّدْبيرِ والاستيلادِ، واحترزَ بقولِه: (مُؤَكَّدًا) عن الأَمَةِ الآبِقَةِ، فإنَّه لَا يَجُوزُ بَيْعُها، ولكن امتناعُ البَيْعِ فيها ليسَ بمُؤَكَّدٍ؛ لأنَّه ممَّا يَزُولُ ولا يَدُومُ، فلَمْ يَسْرِ الامتناعُ إلى ولدِها، فجازَ بَيْعُ الولدِ[1].

(١) ولدُ المدبَّرة بمنزلتها إذا ولدته في حالة التدبير أو بعده؛ لأنها استحقَّت الحرية، وظهر في حق جميع أجزائها، والولدُ من أجزائها، بخلاف ما لو ولدته قبل التدبير؛ لأنه منفصل عنه، فلا يظهر=

ومن زوّج أمته من عبده، ثم كاتبهما، فولدت منه ولدًا، دخل في كتابتها، وكان كسبه لها؛ لأن تبعية الأم أرجح، ولهذا يتبعها في الرّقّ والحرّيّة.

وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرّة، فولدت منه ثم استحقّت، فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد يأذن له مولاه بالتزويج، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة،

قوله: (ومن زوّج أمته من عبده، ثمّ كاتبهما، فولدت منه ولدًا، دخل في كتابتها، وكان كسبه لها)؛ أي: قال القدوريّ رحمه الله في «مختصره»[1]، وذلك لأنّ الولد يدخل في كتابة الأبوين معًا؛ لحصوله بعد الكتابة على ما مرّ في أول الفصل، ولكن كسبه يكون للأمّ دون الأب؛ لأنّ تبعية الأمّ أرجح؛ لأنّ الولد نماؤهما جميعًا، ولكن حين ينفصل عن الأب، ينفصل منه وليس له قيمة، وحين انفصل عن الأمّ انفصل وله قيمة، فكان تبعيتها أرجح، فكانت أخصّ بكسبه، ولأنّ الكتابة حقّ حرّيّة تسري إلى الولد من الأمّ، والولد يتبع الأمّ في الرّقّ والحرّيّة، فلذلك كانت أحقّ بكسب الولد.

قوله: (قال: وإن تزوّج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنّها حرّة، فولدت منه ثم استحقّت، فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد يأذن له مولاه بالتزويج)؛ أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه: في المكاتب يأذن له مولاه بالتزويج، فخطب امرأة فزعمت أنّها حرّة فتزوّجها، فولدت له أولادًا، ثمّ

= في حكم التدبير. كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين في «شرح الكافي» في باب المُدبّر. كذا جاء في حاشية (ه) و(م).

(1) ينظر: مختصر القدوري [ص١٧٩].

. . . .

استحقَّها رَجُلٌ بِالبَيِّنَةِ [٣٧٨/٦م] أنَّها له، قالَ: أولادُها عبيدٌ، ولا يأخذُهم بِالقِيمَةِ، وكذلكَ العبدُ يأذَنُ لهُ مولاه بالتزْوِيجِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ محمدٍ ﷺ في أصْلِ «الجامعِ الصغيرِ».

ولم يَذْكُرِ الخلافَ فيه كما ترىٰ، وقدْ ذكروا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ» فيها خلافًا، وأكثرهم ذكروا [٥٤٥/٢و] قولَ أبي يوسفَ مع أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

أمَّا الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ: فقد ذكرَ قولَ أبي يوسفَ مع محمدٍ ﷺ، وما ذكرَه غيرُ الفقيهِ أصحُّ؛ لأنَّه قولُه المرجوعُ إليه، وبه صَرَّحَ القُدُورِيُّ ﷺ في كتابِ النِّكَاحِ مِن «التقريبِ» فقالَ: «قال أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ ﷺ: لَا يَثْبُتُ للعبدِ حُكْمُ الغُرُورِ وأولادُه عبيدٌ، وروىٰ زُفَرُ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه يَكُون مغرورًا، وهوَ قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ، ذكرَ رجوعَه في الدعوىٰ، وقالَ محمدٌ ﷺ: أولادُه أحرارٌ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ كتابِ «التقريبِ».

وقالَ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ومِن غُرَّ مِنَ المكاتَبِينَ في أَمَةٍ ابتاعَها فوقعَ عليها، ثُمَّ استُحِقَّتْ؛ كانَ عليه عُقْرُها، ويُؤْخَذُ مِنَ المُكَاتَبَةِ، ولوْ تزَوَّجَ امرأةً علىٰ أنَّها حُرَّةٌ، فإذا هيَ أَمَةٌ لرَجُلٍ، ولم يأذَنْ لها مولاها بِالنِّكَاحِ، فَالنِّكَاحُ فاسدٌ، ويُؤْخَذُ العُقْرُ بعدَ الحُرِّيَّةِ، إلَّا إذا كانَتْ بِكْرًا فافتضَّها يُؤْخَذُ في الحالِ؛ لأنَّه ضَمَانُ جنايةٍ، هذا إذا كانَ المولىٰ لَمْ يأذَنْ للمُكَاتَبِ في النِّكَاحِ، فإنْ كانَ أَذِنَ لهُ فالعُقْرُ يُؤْخَذُ منه في الحالِ؛ لأنَّ الإذنَ في النِّكَاحِ يَتَنَاوَلُ الجائزَ والفاسدَ جميعًا، وهذا إذا لم يُولَدْ له، فإنْ وُلِدَ لهُ ثُمَّ استُحِقَّتِ الجاريةُ؛ فإنه تُسْتَرَدُّ الجاريةُ، فالولدُ يَكُون رَقِيقًا عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﷺ، وعندَ محمدٍ ﷺ: يَكُونُ الولدُ حُرًّا

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٠].
(٢) ينظر: «البناية شرح الهداية» [٤٠٤/١٠].

. . . .

بِالقِيمَةِ»(١). إلىٰ هنا لفظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ رحمه الله في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**».

وَجْهُ قولِ محمدٍ رحمه الله: في أنَّ الولدَ حُرٌّ بالقِيمَةِ يُؤَدِّيها المُكَاتَبُ إلىٰ المُسْتَحِقِّ إذا عَتَقَ أنَّ العبدَ شارَكَ الحُرَّ في سببِ حقِّ استحقاقِ حُرِّيَّةِ الأولادِ، فيُشارِكُه في الحُكْمِ؛ لأنَّ الاشتراكَ في السببِ يُوجِبُ الاشتراكَ في الحُكْمِ لَا محالةَ.

أَلَا ترىٰ أنَّ العبدَ والحُرَّ إذا اشتَرَكا في ثبوتِ اليدِ علىٰ العينِ؛ اشتركا في استحقاقِ العينِ، وإذا مَلَكا النِّكَاحَ ملَكَا الطلاقَ، وهذا لأنَّ الحُرَّ المَغْرُورَ قصَدَ حُرِّيَّةَ الأولادِ ورَغِبَ فيها بسببٍ صحيحٍ، فَلَمَّا بَطَلَ ذلكَ السببُ بالاستحقاقِ؛ وجَبَ توفيرُ حقِّ المَغْرُورِ بحريةِ الأولادِ بِالقِيمَةِ نظرًا للجانبَيْنِ: جانبِ المَغْرُورِ، وجانبِ المُسْتَحِقِّ، والعبدُ أيضًا قصَدَ حُرِّيَّةَ أولادِه بسببٍ صحيحٍ، فبَطَلَ السببُ، فيُشارِكُ الحُرَّ في الحُكْمِ، وهوَ توفيرُ حقِّه بحريةِ أولادِه بِالقِيمَةِ، فيَكُونُ أولادُه أحرارًا بِالقِيمَةِ كما في الحُرِّ.

وَوجْهُ قولِهما: أنَّ الولدَ مخلوقٌ مِن مائَيْ رقيقَيْنِ [٦/٣٧٨ظ/م]، فيَكُونُ رقيقًا كما لوْ كانَ عالمًا بحالِها، وكانَ القياسُ في ولدِ المَغْرُورِ الحُرِّ كذلكَ اعتبارًا لجانبِ الأُمِّ، إلَّا أنَّا ترَكْنا القياسَ بإجماعِ الصحابةِ في ولدِ الحُرِّ.

ولا يُقاسُ عليه ولدُ العبدِ؛ لأنَّ القياسَ لَا يُمْكِنُ هنا؛ لأنَّ القياسَ تعْدِيةُ الحُكْمِ مِنَ الأصلِ إلىٰ فرْعٍ هوَ نظيرُه بعَيْنِه، وهنا لَا مماثلةَ بينَ الفرعِ والأصلِ؛ لأنَّ الشَّرْعَ حكَمَ في الأصلِ بحريةِ الأولادِ؛ إبقاءً لماءِ الحُرِّ علىٰ الحُرِّيَّةِ نظرًا للمَغْرُورِ، ولكنْ بِالقِيمَةِ في الحالِ نظرًا للمُسْتحقِّ.

وفي الفرعِ لوْ ثبتَ حُرِّيَّةُ الأولادِ؛ لَا يَثْبُتُ إبقاءً لماءِ المَغْرُورِ علىٰ الحُرِّيَّةِ؛

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥٥].

... في سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ وَهُوَ الْغُرُورُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي ... إِلَّا لِيَنَالَ حُرِّيَّةَ الْأَوْلَادِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ فَيَكُونُ رَقِيقًا، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الْوَلَدَ يَتْبَعُ الْأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، ....

لِأَنَّ المغرُورَ هنا عبدٌ، بلْ تَثْبُتُ الحُرِّيَّةُ ابتداءً في الولدِ، لَا بناءً على إبقاءِ ماءِ المغرُورِ على الحُرِّيَّةِ، وأيضًا إذا وجبَتِ الحُرِّيَّةُ بِالقِيمَةِ لَا يُؤَاخَذُ المُكَاتَبُ بها في الحالِ، بلْ يُؤَدِّيها بعدَ العتقِ، وفي ذلكَ ضررٌ بالمُستحقِّ، ففَسَدَ القياسُ؛ لمخالفةِ الأصلِ والفرعِ.

وإنَّما لزمَه بعدَ العتقِ؛ لأنَّه نظيرُ الكَفَالَةِ، والعبدُ لَا يُؤَاخَذُ بذلكَ في الحالِ؛ لأنَّه ضمانٌ لَا يُقَابِلُه مالٌ، ولأنَّ المَغْرُورَ في الأصلِ حرٌّ، فإذا لَمْ يَعْتِقْ ولدُه، يَلْحَقُه ضررٌ؛ بأنْ يرقَّ ماؤُه، وفي الفرعِ رقيقٌ، فلَمْ يَكُنْ في معنى ما وردَ بِهِ الشَّرْعُ، فتعذَّرَتِ التعْدِيةُ، والبحثُ [٢/٤٤٥ظ] في ولدِ المَغْرُورِ مَرَّ مُسْتَوْفًى في آخرِ كتابِ الدعوَى مِن شَرْحِنا هذا، فيُنْظَرْ ثَمَّةَ إنْ شاءَ اللهُ تعالى.

قولُه: (وَلَا يَأْخُذُهُمْ بِالْقِيمَةِ)، أي: لَا يَأْخُذُ المُكَاتَبُ أولادَه بقيمةٍ يُؤَدِّيها بعدَ العتقِ إلى المُستَحقِّ.

قولُه: (فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ وَهُوَ الْغُرُورُ)، أرادَ بهذا الحقِّ: حقَّ استحقاقِ حُرِّيَّةِ الأولادِ، والضميرُ في (وَهُوَ)، راجعٌ إلى السببِ.

قولُه: (وَهَذَا لأنَّه مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِيَنَالَ حُرِّيَّةَ الْأَوْلَادِ)، إشارةٌ إلى قولِه: (شَارَكَ الْحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هَذَا الْحَقِّ).

يَعْنِي: إنَّما قلْنا: إنَّ المُكَاتَبَ شارَكَ الحُرَّ المَغْرُورَ في السببِ؛ لأنَّ المُكَاتَبَ ما رَغِبَ في نكاحِ امرأةٍ زعمَتْ أنَّها حُرَّةٌ إلَّا لِنَيْلِ حُرِّيَّةِ أولادِه كالحُرِّ.

خَالَفَنَا هَذَا الْأَصْلَ فِي الْحُرِّ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَىٰ هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْعِتْقِ فَيَبْقَىٰ عَلَىٰ الْأَصْلِ وَلَا يُلْحَقُ بِهِ.

قَالَ: وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَىٰ وَجْهِ الْمِلْكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ؛ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْمُكَاتَبَةِ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَىٰ وَجْهِ النِّكَاحِ؛ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّىٰ يَعْتِق، وَكَذَلِكَ الْمَأْذُونُ.

غاية البيان

قولُه: (خَالَفَنَا هَذَا الْأَصْلَ فِي الْحُرِّ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ)، أي: تركْنَا الأصلَ الذي هوَ كون الولد تابعًا لأُمِّه في الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ في ولدِ الحُرِّ المَغْرُورِ بالإجماعِ، والعبدُ ليسَ في معنىٰ الحُرِّ لِمَا بَيَّنَّا، فلَا يُلْحَقُ بهِ لعدمِ المُمَاثَلَةِ، فيَبْقَىٰ ولدُ العبدِ رقيقًا علىٰ ما هوَ الأصل.

قولُه: (بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ)، أي: حالَّةٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَىٰ وَجْهِ الْمِلْكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ؛ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بهِ فِي الْمُكَاتَبَةِ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَىٰ وَجْهِ النِّكَاحِ؛ لَمْ يُؤْخَذْ بهِ حَتَّىٰ يَعْتِق، وَكذلكَ الْمَأْذُونُ لَهُ)، أي: قالَ في [٦/٣٧٩و/م] «الجامعِ الصغيرِ»[1].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «مختصرِه» المُسمَّىٰ بـ«الكافي»: «ولَا يَلْزَمُ المُكَاتَبُ مهْرُ امرأتِه في نكاحٍ بغيرِ إِذْنِ مولاه حتىٰ يَعْتِقَ ويَلْزَمُه ذلكَ في الشراءِ عندَ الاستحقاقِ»[2]. إلىٰ هنا لفظ الحاكمِ ﷺ.

اعلمْ: أنَّ المُكَاتَبَ إذا اشترىٰ أَمَةً لَا يَسَعُه أنْ يطأَها، ومع هذا لوْ وَطِئَها ثُمَّ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٠١].

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّ التِّجَارَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْكِتَابَةِ، وَهَذَا الْعُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا، لِأَنَّهُ لَوْلَا الشِّرَاءُ لَمَا سَقَطَ الْحَدُّ وَمَا لَمْ يَسْقُطْ الْحَدُّ لَا يَجِبُ الْعُقْرُ.

أَمَّا لَمْ يَظْهَرْ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ مِنْ الِاكْتِسَابِ فِي شَيْءٍ فَلَا يَنْتَظِمُهُ الْكِتَابَةَ كَالْكَفَالَةِ.

غاية البيان

استُحِقَّتْ؛ يَلْزَمُه العُقْرُ في الحالِ، وليسَ لهُ أنْ يتَزَوَّجَ امرأةً بغير إِذْنِ المولىٰ، ومع هذا لوْ فعلَ يُؤْخَذُ بالمهرِ إذا عَتَقَ.

وفَرْقُهما: أنَّ في الصورةِ الأُولىٰ وجَبَ العُقْرُ بالشراءِ؛ لأنَّه لولا الشراءُ وجَبَ عليه الحَدُّ، وحيثُ لم يَجِبِ الحَدُّ وجَبَ العُقْرُ، وهوَ يَمْلكُ الشراءَ؛ لأنَّه يَمْلكُ التِّجَارَةَ، فصارَ العُقْرُ ـ وإنْ كانَ مُقابلًا بغيرِ مالٍ ـ مِنْ توابعِ التِّجَارَةِ، فأُلْحِقَ بها وإنْ لَمْ يَكُنْ في الحقيقةِ مِنَ التِّجَارَةِ، ولهذا مَلَكَ المُكَاتَبُ العَارِيَّةَ والضيافةَ اليسيرةَ، والهديةَ اليسيرةَ؛ لكونِها مِن توابعِ التِّجَارَةِ، وإنْ كانَتْ في الحقيقةِ تبرُّعًا.

فكذلكَ هنا: لَمَّا استندَ العُقْرُ إلىٰ التِّجَارَةِ التحقَ بها، فصارَ كدَيْنِ التِّجَارَةِ، فأُخِذَ بهِ في الحالِ.

وفي الصورةِ الثانيةِ ـ أعني: في فصْلِ النِّكَاحِ ـ: أنَّ المهرَ وجَبَ بما ليسَ من جملةِ الاكتسابِ؛ لأنَّ النِّكَاحَ ليسَ باكتسابٍ، فلَمْ يَكُنِ التزامُ المُكَاتَبِ المهرَ ـ الذي هوَ ضَمَانُ ما ليسَ بمالٍ ـ داخلًا في ولايةِ المُكَاتَبِ بغير إِذْنِ المولىٰ، فتأخَرَ إلىٰ أن يَعْتِقَ، كما إذا تَكَفَّلَ، فبَقِيَ في حقِّ النِّكَاحِ محجورًا عليه، فلأجْلِ هذا أخذَ بعدَ العتقِ، كما إذا أَقَرَّ العبدُ المَحْجُورُ علىٰ نفسِه بالدَّيْنِ.

وكذلكَ العبدُ المأذونُ لهُ في التِّجَارَةِ إذا وَطِئَ أَمَةً اشتراها، أوْ وَطِئَ امرأةً تزوَّجَها يُؤَاخَذُ بالعُقْرِ في الأوَّلِ في الحالِ، وفي الثاني بعدَ العتقِ.

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ الْمَكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا ثُمَّ وَطِئَهَا فَرَدَّهَا أَخَذَ بِالْعُقْرِ فِي الْكِتَابَةِ، [١٢٩/و] وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالْكِتَابَةُ وَالْإِذْنُ يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعَيْهِ كَالتَّوْكِيلِ فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ الْمَوْلَى.

غاية البيان

وينبغي لك أنْ تعلَمَ: أنَّ المُكاتَبَ إنَّما يُؤْخَذُ بالعُقْرِ في النِّكاحِ بعدَ العتقِ إذا كانَتِ المرأةُ ثيِّبًا، أمَّا إذا كانَتْ بِكْرًا فافتضَّها يُؤْخَذُ بهِ في الحالِ، وقدْ رَوَيْنَاهُ قبلَ هذا عن «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**»، وكذلكَ العُقْرُ يُؤْخَذُ [في][1] الحالِ، وإنْ كانَتِ المرأةُ ثيِّبًا إذا كانَ المولىٰ أَذِنَ لهُ في النِّكاحِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ قبْلَ هذا أيضًا.

وكذلكَ الجوابُ فيما إذا اشترىٰ المُكاتَبُ جاريةً شراءً فاسدًا فوَطِئَها، ثُمَّ رُدَّتْ علىٰ البَائِعِ؛ أُخِذَ بالعُقْرِ في الحالِ، وكذا العبدُ المأذونُ لهُ في التِّجَارَةِ إذا اشترىٰ جاريةً شراءً فاسدًا فوَطِئَها، ثُمَّ رُدَّتْ علىٰ بائعِها يُؤَاخَذُ بالعُقْرِ في الحالِ، ولا يُؤَخَّرُ إلىٰ العتقِ؛ لأنَّ ضَمانَ العُقْرِ مَبْنِيٌّ علىٰ الشراءِ لِمَا قلْنا، والإذْنُ بالشراءِ مِن جهةِ السيدِ ثبتَ مطلقًا، فانتظَمَ الجائزُ والفاسدُ جميعًا، فصارَ ظاهرًا في [٥٤٦/٢و] حقِّ المولىٰ، فظهرَ فيما هوَ مِنْ توابعِ الشراءِ أيضًا، فلأجْلِ هذا أُخِذَ بهِ في الحالِ، فصارَ كما إذا [٣٧٩/٦ظ/م] وَكَّلَ إنسانًا بِبَيْعِ عبْدِه مطلقًا، وقَعَ ذلكَ علىٰ الجائزِ والفاسدِ جميعًا.

قولُه: (يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعَيْهِ)، أي: ينْتَظِمانِ التصَرُّفَ بنوْعَيِ التصَرُّفِ، وهما: الصحيحُ والفاسدُ.

قولُه: (فَكَانَ ظَاهِرًا)، أي: كانَ العُقْرُ ظاهرًا.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَصْــلٌ

وإذا وَلَدَتِ الْمُكَاتَبَةُ مِنَ المَوْلَىٰ فَهِيَ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَىٰ الكِتابةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّهَا تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٍ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٍ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَنَسَبُ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِنْ الْمَوْلَىٰ وَهُوَ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ الْإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا وَمَا لَهُ مِنْ الْمِلْكِ يَكْفِي

غاية البيان

فَصْــلٌ

قيلَ: لَمَّا كانَ مسائلُ هذا الفصلِ مِن جنسِ مسائلِ الفصلِ المتقدِّمِ، ولكنَّها نوْعٌ منه فصَلَها بفَصْلٍ، ووَصَلَها بالذِّكْرِ.

قولُه: (وَإِذَا وَلَدَتِ الْمُكَاتَبَةُ مِنَ المَوْلَىٰ فَهِيَ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَىٰ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﵀ في «مختصرِه»[(١)].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «مختصرِ الكافي»: «وإذا ولدتِ المُكَاتَبَةُ مِن مولاها خُيِّرَتْ: فإنْ شاءَتْ أبطلتِ الكِتَابَةَ، وكانَتْ أُمَّ ولَدِه، وإنْ شاءَتْ مضتْ عليها وأخذتِ العُقْرَ»[(٢)]. إلىٰ هنا لفظُ «الكافي»، وذلكَ لأنَّه تصدَّىٰ لها جِهَتَا عِتْقٍ: عِتْقٌ بجهةِ الكِتَابَةِ ببدلٍ، وعِتْقٌ بجهةِ الاسْتِيلَادِ بغيرِ بدلٍ، وفي كلٍّ منهما فائدةٌ، وهيَ تعجيلُ الحُرِّيَّةِ ببدلٍ، وحصولُ الحُرِّيَّةِ بلَا بدلٍ، فكانَ لها الخيارُ.

فإذا اختارتِ العتقَ بجهةِ الكِتَابَةِ: أخذتِ العُقْرَ منْ مولاها؛ لأنَّها بالكِتَابَةِ صارَتْ أخصَّ بمنافعِها، ويَثْبُتُ نسبُ ولدِها منَ المولىٰ؛ لأنَّ ما للمولىٰ مِنَ المِلْكِ فيها ــ وهو مِلْكُ الرَّقَبَةِ ــ يكْفِي لصحَّةِ الاسْتِيلَادِ وإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ مِلْكُ اليدِ؛ لأنَّ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٠٢].

لِصِحَّةِ الاسْتِيلادِ بالدَّعْوةِ. وإذا مضت على الكتابة أخذت العُقْرَ مِنْ مَوْلاها لاختِصَاصِها بنفسها وبمنافعها على ما قدَّمْنا.

ثُمَّ إِنْ مَاتَ المَوْلى عُتِقتْ بالاسْتِيلادِ وَسَقَطَ عَنْها بَدلُ الكتابة، وإِنْ ماتتْ هِيَ وَتَرَكَتْ مَالاً يُؤَدَّى مِنْهُ مُكَاتَبتُهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لابْنِهَا جَرْيًا على مُوجِبِ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالاً فَلَا سَعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ.

غاية البيان

النَّسَبَ يَثْبُتُ بالشبهةِ، وهنا أَوْلَى؛ لأنَّ للمولى فيها حقيقةَ المِلْكِ، وإنْ فسخت الكِتَابَةَ وصارَتْ أُمَّ ولَدٍ للسيدِ عتقَتْ بموتِه.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الطَّحاوِيِّ»: «المُكَاتَبَةُ إذا جاءتْ بولدٍ لستةِ أشهرٍ، أو لأكثرَ أوْ لأقلَّ، فادَّعاه المولى يَثْبُتُ النَّسَبُ، صدَّقته المُكاتبةُ أوْ كذَّبَتْه، فإنْ صدَّقَتْه فلا يُشْكِلُ، وإنْ كذَّبَتْه فكذلكَ؛ لأنَّها تسعى لفِكاكِ رقبتِها ورقبةِ ولدِها عن ذُلِّ الرِّقِّ، فإذا حَصَلَ مقصودُها بغيرِ مالٍ لَا يُعْتَبَرُ تكذيبُها.

ثُمَّ أنَّها بالخيارِ: إنْ شاءتْ عجَّزَتْ نفسَها، فتَصِيرُ أُمَّ ولَدٍ له، وسقطَ العُقْرُ. وإنْ شاءَتْ مَضَتْ على الكِتَابَةِ، وتَأْخُذُ العُقْرَ وتَسْتَعِينُ بهِ في أداءِ بدلِ الكِتَابةِ إذا كانَ العُلُوقُ في حالِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ المولى كالأجنبيِّ في منافعِها ومَكاسبِها، والعُقْرُ بدلُ بُضْعِها»[١].

قولُه: (عَلَى مَا قَدَّمْنَا)، أشارَ [بهِ][٢] إلى ما ذكرَ[٣] قُبَيْلَ فصلِ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ عندَ قولِه: (وَإِذَا وَطِئَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ الْعُقْرُ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا؛ تَوَسُّلًا إلى الْمَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ).

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «ذكرنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ؛ لَمْ يَلْزَمِ الْمَوْلَىٰ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْئِهَا عَلَيْهِ، فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ وَمَاتَتْ مِنْ غَيْرِ وَفَاءٍ سَعَىٰ هَذَا الْوَلَدُ؛ لِأَنَّهُ تَكَاتَبَ تَبَعًا لَهَا، فَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ عُتِقَ وَبَطَلَ عَنْهُ السِّعَايَةُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذْ هُوَ وَلَدُهَا فَيَتْبَعُهَا.

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ لِحَاجَتِهَا إِلَىٰ اسْتِفَادَةِ الْحُرِّيَّةِ قَبْلَ

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ؛ لَمْ يَلْزَمِ الْمَوْلَىٰ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ)، ذكَرَه تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «الكافي»: «وإذا ولدَتِ المُكَاتَبَةُ مِنَ المولىٰ ومضتْ علىٰ الكِتَابَةِ، ثُمَّ ولدتْ ولدًا آخرَ؛ لم يَلْزَم المولىٰ إلَّا أنْ يدَّعِيَ»[1]، وذلكَ؛ لأنَّ وطْأَها حرامٌ علىٰ المولىٰ بسببِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّه لَا يَحِلُّ لهُ وَطْءُ المُكَاتَبَةِ، ولكنَّها مملوكتُه، وولدُها ولدُ المملوكةِ، فلَا يَلْزَمُه بدونِ الدَّعْوةِ.

لَا يُقَالُ: يَنْبَغِي أن يَثْبُتَ نسبُ الولدِ الثاني بلَا دِعْوةٍ؛ لأنَّه ولدُ أُمِّ الولدِ.

لأنَّا نَقُولُ: ذلكَ في ولدِ أُمِّ الولدِ[2] التي لَا يحْرُمُ وَطْؤُها، وهذه يحْرُمُ وَطْؤُها لأجْلِ الكِتَابَةِ، فلوْ لم يَدَّعِ المولىٰ الولدَ الثاني فماتَتِ المُكَاتَبَةُ [٣٨٠/٦و/م] بلَا وفاءٍ؛ سعىٰ هذا الولدُ ـ وهوَ الولد الثاني ـ في كِتَابَةِ أُمِّه؛ لأنَّه تكاتَبَ تبعًا للأُمِّ، فلوْ ماتَ المولىٰ بعدَ موتِ المُكَاتَبَةِ قبلَ سِعايتِه سَقَطَ عنه السِّعَايَةُ؛ لأنَّه ولدُ أُمِّ الولدِ[3]، فكانَ بمنزلتِها، وهي لَا تسعىٰ بعدَ موتِ السيِّدِ، فكذا ولدُها.

قولُه [٥٤٦/٢ظ]: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﵀

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٢].
(٢) وقع بالأصل: «في ولد الأمِّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) وقع بالأصل: «ولد أمِّ الأمِّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

مَوْتِ الْمَوْلَىٰ وَذَلِكَ بِالْكِتَابَةِ، وَلَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا؛ **لِأَنَّهُ تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ عَتَقَتْ** بِالِاسْتِيلَادِ لِتُعَلَّقَ عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ **وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ**؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ إِيجَابِ الْبَدَلِ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ، فَإِذَا عُتِقَتْ قَبْلَهُ لَا

في «مختصره»[1].

اعلمْ: أنَّ كِتَابَةَ أُمِّ الولدِ جائزةٌ ككتابةِ الإماءِ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣].

بيانُه: أنَّ أُمَّ الولدِ مملوكةٌ للمولىٰ، والمِلْكُ فيها باقٍ بعدَ الِاسْتِيلَادِ، ولهذا يَجُوزُ للمولىٰ وَطْؤُها وإجارتُها واستخدامُها، إلَّا أنَّه لَا يَجُوزُ إخراجُها مِنْ مِلْكِه إلىٰ غيرِه بوجهٍ من الوجوهِ؛ لئَلَّا يَلْزَمَ بطلانُ استحقاقِها الحُرِّيَّةَ، فَلَمَّا كانَ المِلْكُ فيها باقيًا جازَ كتابتُها؛ لأنَّه لَا فصلَ في الآيةِ بين مملوكٍ ومملوكٍ.

فإنْ قيلَ: رِقُّ أُمِّ الولدِ لَا قِيمَةَ لهُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁، فيَنْبَغِي ألَّا يَجُوزَ أخذُ العِوَضِ عنه بِالكِتَابَةِ.

قيلَ: لرقِّها قِيمَةٌ في السِّعَايَةِ، وإنَّما لَا قِيمَةَ لهُ في العقودِ والبِيَاعاتِ، أَلَا ترىٰ أنَّ أُمَّ ولدِ النصرانيِّ إذا أسلمَتْ لزمَتْها السِّعَايَةُ لهذا المعنىٰ[2]. كذا في «شرحِ الأقطعِ»؛ ولأنَّ في كِتَابَةِ أُمِّ الولدِ إيصالَ حقِّها إليها معجَّلًا، فجازَتْ لحاجتِها إلىٰ ذلكَ.

قولُه: (تلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ)، وهما حصولُ الحُرِّيَّةِ بالبدلِ معجَّلًا، وحصولُها بلَا بدلٍ مؤجَّلًا.

قولُه: (فَإِنْ ماتَ الْمَوْلَىٰ عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ)، يَعْنِي: إن ماتَ المولىٰ قبْلَ أداءِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١٨١].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٨].

بِمَكَانِ تَوْفِيرُ الْغَرَضِ عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتْ الْكِتَابَةُ ؛ لِامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا مِنْ غَيْرِ فَائِدَةٍ. غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلَّمُ لَهَا الْأَوْلَادُ وَالأَكْسَابُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ الْبَدَلِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الْأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادِ، لِأَنَّ الْفَسْخَ لِنَظَرِهَا وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ.

بدلِ الكِتَابَةِ.

ولفظُ القُدُورِيِّ ﷺ: «فإنْ ماتَ المولىٰ سقطَ عنها مالُ الكِتَابَةِ»[1]. كذا أثبته في «شرحِ الأقطعِ»[2].

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «الكافي»: «فإنْ ماتَ المولىٰ قبلَ أنْ تؤدِّيَ عتَقَتْ، ولا شيءَ عليها»[3]. هذا لفظُه ﷺ، وذلكَ لأنَّها استحقَّتِ الحُرِّيَّةَ مِن جهتَيْنِ: جهةِ الكِتَابَةِ، وجهةِ الاسْتِيلَادِ، فإذا حَصَلَتِ الحُرِّيَّةُ مِنْ إحدىٰ الجهتَيْنِ سَقَطَتِ الجهةُ الأُخرىٰ، وبَطَلَ ما يقابلُها مِنَ البدلِ؛ لأنَّها كانَتْ تُؤَدِّي البدلَ ليحْصُلَ لها الحُرِّيَّةُ، وقدْ حَصَلَتْ مجَّانًا، فلَا يَجِبُ عليها شيءٌ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (غَيْرَ أَنَّه يَسْلَمُ لَهَا الْأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ)؛ لأنَّ الكِتَابَةَ انفسختْ في حقِّ البدلِ، وبَقِيَتْ في حقِّ الأكسابِ والأولادِ؛ لأنَّ الفَسْخَ لنظَرِها، (وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ)، أي: في بقاءِ الكِتَابَةِ في حقِّ الأكسابِ والأولادِ.

وكأنَّه قالَ: هذا جوابٌ لسؤالٍ مقدَّرٍ بأنْ يُقَالَ: لَمَّا عتَقَتْ بموتِ المولىٰ بالاسْتِيلَادِ، وسَقَطَ بدلُ الكِتَابَةِ يَنبَغِي أن تَكُونَ أكسابُها لمولاها؛ لأنَّ [٦/٣٨٠/م] الكِتَابَةَ انفسخَتْ، وكسْبُ أُمِّ الولدِ لمولاها، بخلافِ كسْبِ المُكَاتَبِ، فإنَّه لهُ إذا فضلَ عنِ البدلِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٨٠].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٨].
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٢].

ولو أدت الْمكاتبةُ قبل موتِ الْمولى عَتقتْ بِالْكتابة؛ لِأَنَّها بَاقِيَةٌ.

قَالَ: فَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَاجَةِ وَلَا تَنَافِي، إِذْ الْحُرِّيَّةُ غَيْرُ ثَابِتَةٍ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ [١٢٩/هـ] مُجَرَّدُ الِاسْتِحْقَاقِ.

فقالَ في جوابِه: إنَّما انفسخَتِ الكِتَابَةُ في حقِّ إيجابِ البدلِ على أُمِّ الولدِ نظرًا لها. والنظرُ لها في أنْ يَكُونَ الكسبُ لها، فتُعْتَبَر الكِتَابَةُ باقيةً لَا مفسوخةً في حقِّ الأكسابِ. هذا ما اقتضاه كلامُه، ولم نجدْ فيه الروايةَ منصوصةً.

فلقائلٍ أنْ يَقُولَ: النظرُ لها في إيفاءِ حقِّها إليها، وحقُّها الحُرِّيَّةُ، وقدْ حصَلَ لَا في إبطالِ حقِّ الغيرِ؛ لأنَّ الكسبَ حصَلَ لها قبلَ موتِ المولىٰ وكلامُنا فيه، ولم تَعْتِقْ هيَ قبلَ موتِ المولىٰ، بلْ هيَ مملوكةٌ حينئذٍ، فيَنْبَغِي أنْ يَكُونَ الكسبُ للمولىٰ لَا لها؛ لأنَّها عتقَتْ بالِاسْتِيلَادِ لَا بِالكِتَابَةِ.

ولنا: في قولِه: (يَسْلَمُ لَهَا الْأَوْلَادُ) أيضًا نظرٌ؛ لأنَّه لَا حاجةَ إلىٰ ذِكْرِ الأولادِ بالتعليلِ الذي ذكَرَه؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لوِ اعْتُبِرَتْ مفسوخةً أيضًا في حقِّ الأولادِ يَكُونُ النظرُ لها باقيًا؛ لأنَّ حُكْمَ ولدِ أُمِّ الولدِ حُكْمُ الأُمِّ؛ لأنَّه تابعٌ للأُمِّ حالةَ الولادةِ.

قولُه: (وَلَوْ أَدَّتِ الْمُكَاتَبَةُ قَبلَ مَوْتِ الْمَوْلَىٰ عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ)، أي: لَوْ أَدَّتْ أُمُّ الولدِ التي كاتبها مولاها بدلَ الكِتَابَةِ قبلَ موتِ سيدِها؛ عتقَتْ بِالكِتَابَةِ لَا بالِاسْتِيلَادِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ صحَّتْ ولمْ تَنْفَسِخْ.

قولُه: (فَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في [٢/٥٤٧و] «مختصرِه»(١). وإنَّما جازَ كِتَابَةُ المُدَبَّرِ لقيامِ الرِّقِّ فيه، إلَّا أنَّه استحقَّ الحُرِّيَّةَ مِن وَجْهٍ، فاستحقاقُها مِنْ وَجْهٍ لَا ينافي استحقاقَها مِن وَجْهٍ آخرَ، فجازَتْ.

وصورتُها في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ:

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٨١].

. . . .

غاية البيان

في رجلٍ لهُ مُدَبَّرٌ كاتَبَه في صحتِه على مئةٍ، وقيمتُه ثلاثُ مئةٍ، وليسَ لهُ مالٌ غيرُه، ثُمَّ ماتَ المولى، قالَ: إنْ شاءَ العبدُ سعى في جميعِ الكِتَابَةِ، وإن شاءَ سعى في ثُلثي قيمتِه، وإنْ كانَ التَّدْبِيرُ بعدَ الكِتَابَةِ: فإن شاءَ سعى في ثُلثي الكِتَابَةِ، وإن شاءَ سعى في ثُلثي قيمتِه.

وقالَ **أبو يوسفَ ومحمدٌ** رحمهما الله: يسعى في الأقلِّ مِنْ ذلكَ»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

لم يَذْكُرْ في «**الجامعِ الصغيرِ**» خلافَ أبي يوسفَ ومحمدٍ في المسألةِ الأُولى كما ترى، فلأجْلِ هذا اشتبَهَ الحالُ واحتاجَ إلى التأويلِ.

فقالَ فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ رحمه الله **في «شرحِه»**: «يريد بهِ في المسألةِ الثانيةِ، وأمَّا في المسألةِ الأُولى: فعندَ أبي يوسفَ: يسعى في الذي قدَّره [٦/٣٨١و/م] أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه. **وقالَ محمدٌ** رحمه الله: يسعى في الأقلِّ مِن ثُلثي قيمتِه، ومِن ثُلثي كِتَابتِه».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله **في «الكافي»**: «وإذا كاتَبَ الرَّجُلُ مُدبَّره ثُمَّ ماتَ، وهوَ يَخْرُجُ مِن ثلثِه؛ عَتَقَ وبطلَتْ عنه السِّعَايَةُ، وإن لَمْ يَكُنْ لهُ مالٌ غيرُه: فإنْ شاءَ سعى في الكِتَابَةِ، وإن شاءَ سعى في ثُلثي القِيمَةِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وقالَ أبو يوسفَ رضي الله عنه: يسعى في الأقلِّ من ذلكَ ولا يُخَيَّرُ. وقالَ محمدٌ رضي الله عنه: يسعى في الأقلِّ من ثُلثي القِيمَةِ، وثلثي المُكَاتَبَةِ»[2].

قالَ أبو الفضلِ رحمه الله: وقولُ محمدٍ هذا خلافُ ما قالَه في «**الجامعِ الصغيرِ**»..».

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٢٥٣].

(٢) والصحيح قول أبي حنيفة، واعتمده المحبوبي والنسفي وغيرهما، ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٨]، «الاختيار» [٣٧/٤]، «تبيين الحقائق» [١٦٢/٥]، «الجوهرة النيرة» [١١٥/٢]، «اللباب» [١٣٤/٣].

. . . .

إلىٰ هنا لفظُ أبي الفضلِ الحاكمِ الشهيدِ رحمه الله.

ثُمَّ الخلافُ في الفصلِ الأوَّلِ في موضعيْنِ:

في الخيارِ والمقدارِ: فاتفقَ أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ رضي الله عنهما في المقدارِ، حيثُ قالا: يسعىٰ في ثُلثي القِيمَةِ، أوْ كلِّ بدلِ الكِتَابَةِ، وخالَفهما محمدٌ، حيثُ قالَ: بثُلثي بدلِ الكِتَابَةِ.

واتفقَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله في ترْكِ الخيارِ، حيثُ قالا: يسعىٰ بلَا خيارٍ. وخالَفهما أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه، حيثُ أثْبتَ الخيارَ.

وفي الفصلِ الثاني: لَا خلافَ في المقدارِ؛ لأنَّه يسْقُطُ ثُلث البدل الكِتَابَة بالاتفاقِ، والخلافُ في الخيارِ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: يسعىٰ في ثُلثي بدلِ الكِتَابَةِ أو ثُلثي القِيمَةِ، وله الخيارُ في أيِّهما شاءَ. وقالا: يسعىٰ في الأقلِّ بلَا خيارٍ(١).

أمَّا الخلافُ في الخيارِ: فهوَ بناءٌ علىٰ أنَّ العتقَ يتجزَّأُ عندَ أبي حَنِيفَةَ خلافًا لهما، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: لَمَّا كانَ متجزِّئًا؛ لم يَصِرِ المُدبَّرُ بعدَ موتِ السيدِ حُرًّا؛ لأنه لم يَخْرُجْ مِنَ الثلثِ، بلْ عَتَقَ ثُلثُه؛ لأنَّ عِتْقَ المُدبَّرِ وَصِيَّةٌ، فإذا كانَ كذلكَ تلقَّاه جِهَتا حُرِّيَّةٍ في ثُلثيه، وهما: الكِتَابَةُ والتَّدْبِيرُ، فالكِتَابَةُ مُنجَّمَةٌ مُؤَجَّلَةٌ، وسعايةُ التَّدْبِيرِ حالَّةٌ مُعجَّلَةٌ، فكانَ التخييرُ بينَ الآجِلِ والعاجلِ مفيدًا، فيَمِيلُ إلىٰ أيِّهما شاءَ؛ لتفاوتِ الأمْرَيْنِ.

وعندَهما: لَمَّا لَمْ يتجزَّأِ العتقُ عَتَقَ كلُّه بعَتاقِ ثُلثِه بِالتَّدْبِيرِ، وقدْ وجَبَ عليه

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير» [ص ٤٦٢]، «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٠٨٩/٢]، «المبسوط» للسرخسي [١٩٦/٧]، «بدائع الصنائع» [٨٤/٤]، «تبيين الحقائق» [١٦٣/٥]، «درر الحكام» [٢٨/٢]، «البحر الرائق» [٢٩٠/٤].

فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ تَسْعَىٰ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا ، أَوْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ .

غاية البيان

أحدُ المالَيْنِ ، فيَجِبُ الأقلُّ ؛ لأنَّ العاقلَ لَا يَخْتَارُ إلَّا الأقلَّ .

وأمَّا الخلافُ في المقدارِ: فلمحمدٍ ﷺ : أنَّه لوْ عَتَقَ كلُّه بحُكْمِ الوَصِيَّةِ ـ بأنْ خرجَ مِنَ الثلثِ ـ سَقَطَ جميعُ بدلِ الكِتَابَةِ ، فإذا لم يَخْرُجْ مِنَ الثلثِ إلَّا ثُلثُه ؛ وجَبَ أنْ يسْقُطَ ثُلُثُ بدلِ الكِتَابَةِ اعتبارًا للثلثِ بالكلِّ ، كما لوْ كاتَبَ أوَّلًا ثُمَّ دبرَ ثُمَّ ماتَ ، ولأنَّ مِنْ حُكْمِ التَّدْبِيرِ أنْ يُوقِعَ عِتقًا بعدَ الموتِ ، فصارَ المقدَّمُ مِنَ التَّدْبِيرِ والمتأخّرُ سواءً ، والفقيهُ أبو الليثِ ﷺ أخَذَ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**» بقولِ محمدٍ ﷺ .

[٢/٥٤٧ظ] **وَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ** ﷺ **في اعتبارِ جميعِ مالِ الكِتَابَةِ**: أنَّ الكِتَابَةَ حصلتْ بعدَ انعقادِ سببِ العتقِ ، وهوَ التَّدْبِيرُ ، والتَّدْبِيرُ يُوجِبُ استحقاقَ العتقِ في ثُلثِ الرَّقَبَةِ لَا محالةَ ، فإذا كاتَبَ بعدَ التَّدْبِيرِ ؛ كانَ بدلُ الكِتَابَةِ جميعُه مقابلًا بثُلثَي الرَّقَبَةِ ؛ لأنَّ ثُلثَ الرَّقَبَةِ مُسْتحقٌّ بالحُرِّيَّةِ ، فلَا يسْقُطُ مِنْ بدلِ الكِتَابَةِ شيءٌ ؛ لأنَّه يُصْرَفُ بدلُ الكِتَابَةِ إلىٰ ما يَصِحُّ مُقابلتُه ، لَا إلىٰ ما لَا يَصِحُّ مقابلتُه .

[٦/٣٨١ظ/م] كما إذا طلَّق امرأتَه ثنتيْنِ ، ثُمَّ طَلَّقَها ثلاثًا علىٰ ألفٍ يَكُونُ جميعُ الألفِ مقابلًا بما بقِيَ مِنَ الطلاقِ ، حتىٰ لَا يسْقُطَ مِنَ الألفِ شيءٌ ، كذا هذا ، بخلافِ ما إذا كاتَبَ ثُمَّ دبَّرَ ؛ لأنَّه حينَ كاتَبَ كانَ العبدُ مملوكًا لَا يسْتَحِقُّ الحُرِّيَّةَ بوجهٍ قبلَ الكِتَابَة ، فصارَ بدلُ الكِتَابَةِ بإزاءِ جميعِ رقبتِه ، فإذا عَتَقَ الثلثُ بالتَّدْبِيرِ سَقَطَ ثُلثُ البدلِ لَا محالةَ .

قولُه: (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا ؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ : بَيْنَ أَنْ تَسْعَىٰ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا ، أَوْ جَمِيعِ مَالِ الْكِتَابَةِ) ، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «**مختصرِه**»[1] ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨١] .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَىٰ فِي أَقَلَّ مِنْهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَسْعَىٰ فِي الْأَقَلِّ مِنْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا وَثُلُثَيْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ، فَالْخِلَافُ فِي الْخِيَارِ وَالْمِقْدَارِ، وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْمِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الْخِيَارِ.

أَمَّا الْخِيَارُ فَفَرْعُ تَجَزُّؤِ الْإِعْتَاقِ عِنْدَهُ لَمَّا تَجَزَّأَ بَقِيَ الثُّلُثَانِ رَقِيقًا وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ بِبَدَلَيْنِ مُعَجَّلٍ بِالتَّدْبِيرِ وَمُؤَجَّلٍ بِالْكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا عُتِقَ كُلُّهَا بِعِتْقِ بَعْضِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهَا أَحَدُ الْمَالَيْنِ فَتَخْتَارُ الْأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ فَلَا مَعْنَىٰ لِلتَّخْيِيرِ.

وَأَمَّا الْمِقْدَارُ فَلِمُحَمَّدٍ ﷺ أَنَّهُ قَابَلَ الْبَدَلَ بِالْكُلِّ وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثُّلُثَ بِالتَّدْبِيرِ فَمِنَ الْمُحَالِ أَنْ يَجِبَ الْبَدَلُ بِمُقَابَلَتِهِ.

أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ لَهَا الْكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ يَسْقُطُ كُلُّ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَهَاهُنَا يَسْقُطُ الثُّلُثُ وَصَارَ كَمَّا إِذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنِ الْكِتَابَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ جَمِيعَ الْبَدَلِ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا فَلَا يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٍ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ وَإِنْ قُوبِلَ بِالْكُلِّ صُورَةً وَصِيغَةً لَكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنَىٰ وَإِرَادَةً؛ لِأَنَّهَا اِسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَلْتَزِمُ الْمَالَ بِمُقَابَلَةِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَىٰ أَلْفٍ كَانَ جَمِيعُ الْأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الْوَاحِدَةِ الْبَاقِيَةِ لِدَلَالَةِ الْإِرَادَةِ، كَذَا هُنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَقَدَّمَتْ الْكِتَابَةُ وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهِ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ مُقَابَلٌ بِالْكُلِّ إِذْ لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ

غاية البيان

وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، قد بيَّنَّا ما فيه مِنَ الخلافِ.

قولُه: (لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ)، يَعْنِي: ما كانَ يَسْتَحِقُّ العبدُ الحُرِّيَّةَ عند عَقْدِ

فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: وَإِنْ دبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ لِمَا بَيَّنَّا.

وَلَهَا الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ فِي جَانِبِ المَمْلُوكِ، ....

غاية البيان

الكِتَابَةِ، وقدْ مَرَّ بيانُه.

قولُه: (فَافْتَرَقَا)، أي: افترقَ تقدُّمُ الكِتَابَةِ على التَّدْبِيرِ وتأخُّرُها، فَلَمْ يَصِحَّ قياسُ محمدٍ ﷺ على تقَدُّمِها.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ دَبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصرِه»(١)، وذلكَ لأنَّ الرِّقَّ قائمٌ في المُدبَّرِ والمُكَاتَبِ بعدَ التَّدْبِيرِ والكِتَابَةِ، فكما يَجُوزُ كِتَابَةُ المُدبَّرِ لقيامِ الرِّقِّ فيه؛ يَجُوزُ تدبيرُ المُكَاتَبِ أيضًا لقيامِ الرِّقِّ فيه، يَدُلُّ على ذلكَ إطلاقُ قولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗا﴾ [النور: ٣٣].

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلى قولِه: (تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ).

قولُه: (وَلَهَا الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الْكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»(٢).

قالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «الكافي»: «وإذا دَبَّرَ مُكَاتَبَه فالمكاتَبُ بالخيارِ: إنْ شاءَ نقَضَ المُكَاتَبَةَ وكان مُدبَّرًا، وإنْ شاءَ مضى على الكِتَابَةِ»(٣). هذا لفظُه ﷺ، وذلكَ لأنَّه تصدَّى لهُ سببا عِتْقٍ، أحدُهما: عاجلٌ ببدلٍ، والآخرُ: مُؤَجَّلٌ بغيرِ

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: نفس المصدر.

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٨].

فَإِنْ مَضتْ علىٰ كِتَابتِهَا فَمات الْمَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لهُ غَيْرُهَا؛ **فَهِيَ بِالْخِيَارِ:** إنْ شاءَتْ سعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الْكِتَابةِ، أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عند أبي حَنِيفَةَ. **وَقالَا:** تَسْعَىٰ فِي الأَقَلِّ مِنْهُمَا، فَالْخِلَافُ فِي هَذَا الْفَصْلِ فِي الْخِيَارِ بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا. أَمَّا المِقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

بدلٍ، فكانَ لهُ أن يَخْتَارَ أَيَّهما شاءَ.

قولُه: (فَإِنْ مَضتْ عَلَىٰ كِتَابَتِهَا فَمَاتَ الْمَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لهُ غَيْرُهَا؛ فَهِيَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الْكِتَابَةِ، أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[1]، وقدْ مَرَّ بيانُه في المسألةِ المتقدمةِ.

قولُه: (فَالْخِلَافُ فِي هَذَا الفَصْلِ فِي الْخِيَارِ)، يَعْنِي: أَنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ: لها الخيارُ: إن شاءتْ سعَتْ في ثُلثي بدلِ الكِتَابَةِ، وإنْ شاءتْ سعَتْ في ثُلثي القِيمَةِ؛ لأنَّ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: العتقُ يتجزَّأُ، فتسعَىٰ وهي قِنٌّ؛ ليَحْصُلَ لها العتقُ بأحدِ الوجهَيْنِ، وفي كلٍّ منهما فائدةٌ؛ لأنَّ أداءَ أكثرِ المالَيْنِ ربَّما يَكُونُ أيسَرَ مِنَ الأقلِّ باعتبارِ الأجَلِ.

وعندَهما: تسعىٰ في الأقلِّ بلَا خيارٍ؛ لأنَّ العتقَ لَا يَتجزَّأُ عندَهما، فصارَ كلُّها معتقًا، فصارَتْ حُرَّةً حالةَ السِّعَايَةِ، وعليها أحدُ المالَيْنِ، فتَخْتَارُ أقلَّهما [٦/٣٨٢و/م] لَا محالةَ[2]، وهذا معنىٰ قولِه: (بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا)، أي: علىٰ تجزُّؤِ الإِعْتَاقِ وعدمِه.

ولا خلافَ هنا بينهم في التقديرِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لَمَّا كانَتْ سابقةً علىٰ التَّدْبِيرِ كانَ كلُّ البدلِ مقابلًا بكلِّ الرَّقَبَةِ، فإذا عَتَقَ ثُلثُ الرَّقَبَةِ بعدَ ذلكَ بِالتَّدْبِيرِ؛ سَقَطَ ثُلثُ البدلِ، فبَقِيَ الثلثانِ، وهذا معنىٰ قولِه: (وَوَجْهُهُ: مَا بَيَّنَّا)، أشارَ بهِ إلىٰ قولِه:

---

(١) ينظر: نفس المصدر.

(٢) ينظر: «الجوهرة النيرة» [٢/١٤٨]، «الفتاوىٰ الهندية» [٥/٢١]، «حاشية ابن عابدين» [٦/١٢٤].

قال: وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَىٰ مُكَاتَبَهُ عَتَقَ [١٣٠/و] بِعِتْقِهِ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيْهِ وَسَقَطَ

(لِأَنَّ الْبَدَلَ مُقَابَلٌ بِالْكُلِّ).

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَعْتَقَ [٥٤٨/٢و] الْمَوْلَىٰ مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وسَقَطَ عنه بدلُ الكِتَابَةِ»[1].

أرادَ بالعتقِ: الْإِعْتَاقَ مجازًا باستعارةِ المعلولِ لِعلَّتِه[2].

أمَّا عِتْقُه بإعتاقِه: فلأنَّ المُكَاتَبَ باقٍ رقبته على مِلْكِ المولىٰ، فصحَّ إعتاقُه؛ لأنَّ الْإِعْتَاقَ إزالةُ مِلْكٍ مُتَجَزٍّ مُفْضٍ زوالُ كلِّه إلىٰ العتقِ، وقدْ حصَلَ الإزالةُ فصحَّ، كما في غيرِ المُكَاتَبِ.

وأمَّا سقوطُ بدلِ الكِتَابَةِ: فلأنَّ العبدَ إنَّما التزمَ البدلَ ليَنالَ الحُرِّيَّةَ بأدائِه، وقدْ حَصَلَتْ قبْلَ أدائِه، فلَا حاجةَ إلىٰ إيجابِ البدلِ.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ» ﷺ: (وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ الْمَوْلَىٰ لَكِنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا الْعَبْدِ، وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلًا إِلَىٰ عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ لَهُ؛ لِأَنَّنَا نُبَقِّي الْكِتَابَةَ في حقِّهِ)، أي: في حقِّ الكسبِ، وكأنَّه قالَ هذا جوابًا لسؤالٍ بأنْ يُقالُ: الكِتَابَةُ لازمةٌ في جانبِ المولىٰ، بحيثُ لَا يَجُوزُ لهُ فَسْخُها وإبطالُها، فكيفَ جازَ إعتاقُه؟

فقالَ: يَجُوزُ فسْخُ الكِتَابَةِ برضا العبدِ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُقالُ ويُفْسَخُ، ولهذا يَجُوزُ بيعُ المُكَاتَبِ برضاه، وكذا إجارتُه برضاه، والظاهرُ مِن حالِه أنَّه يرضَىٰ بالإعتاقِ ليحْصُلَ لهُ الحُرِّيَّةُ بلَا عِوَضٍ، ويسْلَمُ لهُ الأكسابُ، وهذا هوَ المفهومُ مِن ظاهرِ كلامِه.

---

(١) ينظر: نفس المصدر.

(٢) وقع بالأصل: «بالعلة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بَدَلُ الكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَا الْتَزَمَهُ إِلَّا مُقابِلًا بِالْعتقِ ....

غاية البيان

ولكنْ في هذا البيانِ تكلُّفٌ لَا حاجةَ إليه ؛ لأنَّ لزومَ الكِتَابَةِ في حقِّ المولىٰ لئَلَّا يَبطُلَ حقُّ المُكَاتَبِ في استحقاقِ الحُرِّيَّةِ حتىٰ لَا يَجُوزَ بَيْعُه بلَا رضاه، والتصرُّف في مَكاسِبِه، وفي الإِعْتَاقِ تحقيقُ حقِّه مجَّانًا لَا يَلْزَمُ مِنْ ذلكَ إبطالُ حقِّه، فلَا حاجةَ إلىٰ أنْ يُقَالَ: (**وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلًا إلىٰ عِتْقِه**[١]).

وقولُ صاحبِ «الهدايةِ» ﷺ: (**مَعَ سَلَامَةِ الأَكْسَابِ لَهُ**)، **يُفْهَمُ** منه: أنَّ الأكسابَ تَسْلَمُ للمُكَاتَبِ [٦/٣٨٢ظ/م] بعدَ الإِعْتَاقِ، **وفيه نَظَرٌ** ؛ لأنَّ الروايةَ لم تُوجَدْ في كُتُبِ محمدٍ ﷺ ومَنْ بعْدَه مِنَ المتقدِّمين كالطَّحَاوِيِّ والكَرْخِيِّ وأبي الليثِ وغيرِهم ﷺ، فيَنْبَغِي أن تَكُونَ الأكسابُ للمولىٰ بعدما أعتَقه كما بعدَ عجْزِ المُكَاتَبِ[٢].

يَدُلُّ علىٰ هذا: روايةُ «**الزياداتِ**»، قالَ فيها: في مُكَاتَبٍ بينَ اثنينِ أعتَقه أحدُهما، يَعْتِقُ نصيبُه، ونصيبُ صاحبِه باقٍ لَا ضَمَانَ فيه ولا سِعَايَةَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ ؛ لأنَّه لَمْ يُتْلِفْ شيئًا[٣]، بخلافِ المُدَبَّرِ بينَ اثنينِ أعتَقه أحدُهما ؛ لأنَّه أتلفَ عليه نصيبَه، وحالَ بينَه وبينَه حتىٰ قطعَ الخدمةَ.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ ﷺ: **يَعْتِق الكلُّ، ويَضْمَنُ نصيبَ صاحبِه إن كانَ مُوسِرًا ؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَتَجَزَّأُ عندهما.**

ثُمَّ قالَ أبو يوسفَ ﷺ: يَضْمَنُ نصفَ قيمتِه لشريكِه بالغًا ما بلَغَ.

وقالَ محمدٌ ﷺ: يَضْمَنُ الأقلَّ مِنْ نصفِ قيمتِه، ومِن نصفِ بدلِ الكِتَابَةِ ؛

---

(١) وقع بالأصل: «حقه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ووفقه الكاكي وتاج الشريعة في شرحيهما. كذا في «البناية شرح الهداية» [٤١٦/١٠].

(٣) لأن نصيب الساكت لَمْ يتغَيَّر عما كان عليه ؛ لأن بعد عِتْق النصف بقِيَ النصفُ الآخر مكاتبًا كما كان. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

....

لأنَّ حقَّ الذي لَمْ يَعْتِقْ في أحدِ شَيْئَيْنِ، إمَّا الرَّقَبَةِ بالعجزِ[1]، وإمَّا الكِتَابَةِ بالأداءِ، والأقلُّ مُتيَقَّنٌ، فوَجَبَ ذلكَ وبَطَلَ الفضلُ[2].

واحتجَّ أبو يوسفَ ﷺ: بأنَّ العَتَاقَ يُبْطِلُ معنى الكِتَابَةِ، فكيفَ تُعْتَبر الكِتَابَةُ مالًا؟ وكيف تُعْتَبَر لِلضَّمَانِ، وقدْ تناولَتْ جنايةَ الرَّقَبَةِ؟ فيَضْمَنُ نصفَ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ بالغًا ما بلَغَ كما في القِنِّ، وقدْ صَرَّحَ أنَّ الكِتَابَةَ تَبْطُلُ بالإعتاقِ، فكيف تَكُونُ الأكسابُ بعدَ الْإِعْتَاقِ سالمةً للعبدِ دونَ المولى؟!

ويَدُلُّ أيضًا على ما قلْنا: ما ذكَرَ محمدٌ ﷺ في «**الأصلِ**»، وقدْ أثبتَه في «**مختصرِ الكافي**» للحاكمِ الشهيدِ ﷺ وفي «**شروحِه**»، وفي «**الشاملِ**» في قِسْمِ «**المبسوطِ**» في بابِ مُكَاتَبَةِ المريضِ كما ذكرَ محمدٌ، فقالَ الحاكمُ: «رَجُلٌ كاتَبَ عبْدَه في صحتِه على ألفِ درهمٍ، وقيمتُه خمسُ مئةِ درهمٍ، فَلَمَّا حضرَه الموتُ أعتقَه، ثُمَّ ماتَ ولم يقْبضْ منه شيئًا، قالَ: يسعَى في ثُلثي قيمتِه، وتَبْطُلُ الكِتَابَةُ كأنَّهُ لم [٢/٥٤٨ظ] يُكاتبْه».

ثُمَّ قالَ: «فإنْ كانَ المولى قدْ قبضَ منه قبْلَ ذلكَ خمسَ مئةٍ، ثُمَّ أعتقَه في مرضِه؛ سعى في ثُلثي قيمتِه، ولم يُحْسَبْ لهُ شيءٌ ممَّا أَدَّى قبْلَ ذلكَ، فإنْ كانَ أَدَّى المُكَاتَبَةَ إلَّا مئةَ درهمٍ ثُمَّ أعتقَه في مرضِه، أوْ وهبَ لهُ المئةَ؛ سعَى في ثُلثي القِيمَةِ؛ لأنَّه أقلُّ السعايتَيْنِ.

وقالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إذا كاتَبَه في صحتِه، ثُمَّ أعتقَه في المرضِ؛ سعى إنْ شاءَ في ثُلثي قيمتِه، وإن شاءَ سعى في ثُلثي ما عليه مِنَ المُكَاتَبَةِ»[3]. إلى هنا

---

(١) يعني: كان للساكت نصفُ القيمة بالسِّعاية على اعتبار العجْز، ونصفُ بدل الكتابة على اعتبار الأداء. كذا جاء في حاشية: «ج»، و«م»، و«س».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/١٩١]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٤١٦].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٠].

....

لفظُ «الكافي».

وقالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الكافي» الذي هوَ «مبسوطه»: «ولم يُحْسَبْ لهُ شيءٌ ممَّا أَدَّىٰ قبلَ ذلكَ ؛ لأنَّ الأداءَ كانَ بجهةِ الكِتَابَةِ ، وقدْ انتقضَتْ تلكَ الجهةُ بالعتقِ ، فكانَتِ السِّعَايَةُ للعتقِ لَا بجهةِ الكِتَابَةِ ، فَلَمْ يُحْسَبْ لهُ ذلكَ ؛ لأنَّ الحُسْبانَ [٣٨٣/٦و/م] علىٰ تقديرِ بقاءِ الاختصاصِ ، ومتىٰ بطَلَتْ تلكَ الجهةُ لَمْ يبْقَ الاختصاصُ ، فكانَ السيدُ آخِذًا كَسْبَ عبْدِه ، فلَا يُحْسَبُ عليه». هذا لفظُه ﷺ.

فَعُلِمَ بذلكَ: أنَّ الأكسابَ بعدَ الْإِعْتَاقِ لَا تَسْلَمُ للمُكَاتَبِ ، فلوْ كانَتْ لكانَ ما أَدَّىٰ قبلَ الْإِعْتَاقِ محسوبًا علىٰ المولىٰ ، فافهمْه إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

ثُمَّ يَنْبَغِي لكَ أنْ تَعْلَمَ: أنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ لازمٌ في حقِّ المولىٰ ، حتىٰ لَا يَمْلِكَ فسْخَه إلَّا برضا المُكَاتَبِ ، وغيرُ لازمٍ في حقِّ المُكَاتَبِ ، حتىٰ إنَّ لهُ أنْ يُعَجِّزَ نفسَه فيفْسَخ عَقْدَ الكِتَابَةِ بدونِ رضا المولىٰ ، إلَّا أنَّه إذا أَخَلَّ بنجْمٍ فَلَمْ يُؤَدِّ وعجَزَ ؛ للمولىٰ أنْ يَفْسَخَ العقدَ ، وَرُوِيَ عنْ أبي يوسفَ: أنَّه لَا يفْسَخُ ما لم يُخِلَّ بنجمَيْنِ ؛ لأنَّه لوْ لم يَثْبُت حُكْمُ[1] الفَسْخِ عندَ الامتناعِ عنِ الأداءِ يَتَضرَّرُ بهِ المولىٰ. كذا في «التحفةِ»[2].

ورأيتُ في كتابِ «المجرَّد» للحسنِ بن زيادٍ: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: ولو أنَّ رَجُلًا كاتَبَ عبْدَه علىٰ ألفِ درهمٍ ، فقالَ[3]: عجزْتُ وأنا في الرِّقِّ ؛ لَمْ يَكُنْ لهُ ذلكَ ، إلَّا أنْ يرضا بذلكَ المولىٰ ، فيُرَدّ في الرِّقِّ ، فإنْ رَدَّه المولىٰ فتابَعه المملوكُ ؛

---

(١) وقع بالأصل: «يَثْبت حق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢٨٣/٢].

(٣) وقع بالأصل: «قالت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

... حصل له دُونَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ، وَالْكِتَابَةُ وَإِنَّ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ الْمَوْلَىٰ لَكِنَّهُ يُفسَخُ بِرِضَا الْعَبْدِ وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلاً إِلَىٰ عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ مَعَ سَلَامَةِ الْأَكْسَابِ ... لِأَنَّ نُبْقِي الْكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ.

قَالَ: وَإِنْ كانَ كَاتَبَهُ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَىٰ سَنَةٍ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِ مِئَةٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ.

غاية البيان

صارَ مملوكًا وبطلتِ الكِتَابَةُ.

وإنْ أَبَىٰ المُكَاتَبُ أنْ يَرْجِعَ في الرِّقِّ، وقدْ عجزَ عنِ المكاتبةِ، وأرادَ المولىٰ ردَّه في الرِّقِّ، أوْ قالَ: قد رددتُك في الرِّقِّ؛ لَمْ يَكُنْ مملوكًا، وكان مُكاتبًا حتىٰ يقْدَمَ إلى القاضي، فإذا رفَعه إلىٰ القاضي وقدْ حلَّ نجْمٌ، أو نجْمان؛ أجَّلَه القاضي أيامًا.

فإنْ أدَّىٰ وإلا رَدَّه القاضي إنْ شاءَ، وإنْ أبَىٰ في الرِّقِّ، فإذا قضَىٰ القاضي بالردِّ في الرِّقِّ؛ صارَ مملوكًا، وصارَ عبدًا للسيدِ كما كانَ، فإنْ وجدَ لهُ المولىٰ بعدَ ذلكَ لهُ مالًا أخَذَه». إلىٰ هنا لفظُ كتابِ «**المجرّدِ**»، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (وَقَدْ حَصَلَ لهُ دُونَهُ)، أي: حصَلَ العتقُ للمُكَاتَب بلَا بدلِ الكِتَابَةِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كانَ كَاتَبَهُ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ إلىٰ سَنَةٍ، فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِ مئة؛ فهو جَائِزٌ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في الرَّجُلِ يُكاتبُ عبْدَه إلىٰ سنةٍ، ثُمَّ صالحَه علىٰ أنْ يُعَجِّلَ لهُ خمسَ مئةٍ، ويضَع عنه خمسَ مئةٍ، قالَ: جائزٌ»(١). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»، ولَمْ يَذْكُرِ القياسَ فيه كما ترىٰ.

وقالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: «والقياسُ يأبَىٰ جوازَه؛ لأنَّه اعتياضٌ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٢].

. . . .

عنِ الأجلِ، والأجلُ ليسَ بمالٍ، فكانَ رِبًا، وهوَ حرامٌ بين المُكَاتَبِ وسيِّدِه، ولهذا نصَّ الحاكمُ رحمه الله في «الكافي»: «أنَّ الرَّجُلَ إذا اشترىٰ مِن مُكَاتبِه درهمًا بدرهمَيْنِ؛ لَمْ يَجُزْ»(١).

وإنَّما قلْنا: إنَّه اعتياضٌ عنِ الأجلِ؛ لأنَّ المولىٰ صارَ كأنَّهُ اشترىٰ [٦/٣٨٣ظ/م] مِنَ المُكَاتَبِ خمسَ مئةٍ مُعَجَّلَةً بألفٍ مُؤَجَّلَةٍ، ولهذا لوْ وقَعَ مِثْلُ هذا الصُّلْحِ بينَ الحُرَّيْنِ لَا يَجُوزُ، كما إذا كانَ لواحدٍ منهما علىٰ الآخرِ ألفُ درهمٍ مُؤَجَّلَةٌ إلىٰ سَنَةٍ، فصالحَه علىٰ خمسِ مئةِ درهمٍ مُعَجَّلَةٍ لَا يَجُوزُ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في كتابِ الصُّلْحِ.

وَجْهُ الاستحسانِ [٢/٥٤٩و] أنْ نَقُولَ: إنَّ في الاعتياضِ عنِ الأجلِ إنَّما يَلْزَم الربا إذا لَمْ يَكُنْ بين العِوَضَيْنِ مُساواةٌ، وهنا مساواةٌ فلَا يَلْزَمُ الربا.

بيانُه: أنَّ الأجَلَ في حقِّ المُكَاتَبِ ليسَ بمالٍ من كلِّ وَجْهٍ، بلْ هوَ يُعْتَبرُ مالًا من كلِّ وَجْهٍ؛ لأنَّه لَا قُدرةَ للمُكَاتَبِ علىٰ الأداءِ إلَّا بهِ، ومالُ الكِتَابَةِ ليسَ بمالٍ من كلِّ وَجْهٍ، بلْ هوَ مالٌ مِن وَجْهٍ، وهوَ أشبَهُ بالحقوقِ التي ليسَتْ بمالٍ، ولهذا لَا يَصْلُحُ نصابًا للزكاةِ، ولا يُوصَفُ باللزومِ، ولا تَصِحُّ بهِ الكَفَالَةُ.

فإذا كانَ كذلكَ: اعتدلَ الأجَلُ ومالُ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مالٌ مِن وَجْهٍ دون وَجْهٍ، فَلَمْ يَلْزَمِ الربا لوجودِ المُسَاوَاةِ، فصحَّ الاعتياضُ عنِ الأجلِ، بخلافِ مسألةِ الحُرِّ؛ لأنَّ الدَّيْنَ علىٰ الحُرِّ مالٌ مُتَقَوِّمٌ حتىٰ صَلَح نصابًا للزكاةِ، وتَصِحُّ بهِ الكَفَالَةُ، والأجلُ في حقِّه أبعَدُ عنِ الأموالِ؛ لأنَّه قادرٌ علىٰ الأداءِ بدونِ الأجلِ، فَلَمْ يَصِحَّ الاعتياضُ عنِ الأجلِ للزومِ الربا، ولأنَّ الأجَلَ رِبًا مِن وَجْهٍ لَا من كلِّ وَجْهٍ؛ لأنَّه ليسَ بمالٍ حقيقةً، ولكنه يُزَادُ لأجلِه، فكانَ في معنىٰ المالِ،

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٩].

وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنِ الْأَجَلِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالدَّيْنُ ... وَكَانَ رِبًا ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الْحُرِّ ....

... كانَ كذلكَ ؛ كانَ الربا في الأجلِ شُبْهَةً لَا حقيقةً ، وعقدُ الكِتَابَةِ مُعَاوَضَةٌ مِن وَجْهٍ ، تعليقٌ مِن وَجْهٍ ، فكانَ فيه معنىٰ اليمينِ ؛ لأنَّ العتقَ يتعَلَّقُ بالداءِ ، فكانَ بدلُ الكِتَابَةِ مالًا مِن وَجْهٍ دون وَجْهٍ.

فلو كانَ شُبْهَةُ الربا واقعةً فيما هوَ مالٌ من كلِّ وَجْهٍ ؛ أُعْطِيَ لها حُكْمُ حقيقةِ الربا فحَرُمَتْ ، ولكنَّها وقعَتْ فيما ليسَ بمالٍ مِن وَجْهٍ ، فنزلتْ إلىٰ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ ، والشُّبْهَةُ هيَ المعتبرةُ دونَ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ ، فَلَمْ يحْرُمِ الاعتياضُ عنِ الأجلِ ، بخلافِ العقدِ الواقعِ بينَ الحُرَّيْنِ ، فإنَّه عَقْدٌ من كلِّ وَجْهٍ ، ولهذا لَا يَصِحُّ تعليقُ المُعَاوَضَةِ أصلًا ، فَلَمْ يَجُزِ الاعتياضُ عنِ الأجلِ إلحاقًا لشُّبْهَةِ الربا بحقيقةِ الربا.

أوْ نقولُ: أمْكَنَ الاحترازُ عنِ الربا هاهنا ، بأنْ يجعلَ العقدَ الأولَ مفسوخًا ، والثاني مُجدَّدًا علىٰ خمسِ مئةٍ حالَّةٍ.

بيانُه: أنَّ بدلَ الكِتَابَةِ يُشْبِهُ المعقودَ عليه ، ألَا ترىٰ أنَّ العجزَ عنه يُوجِبُ حقَّ الفَسْخِ ، بخلافِ ثمنِ المَبِيعِ ، فإنَّ العجزَ عنه لَا يُوجِبُ حقَّ الفَسْخِ ، ولهذا لوْ زادَ في الأجلِ علىٰ أن يزيدَ في بدلِ الكِتَابَةِ جازَ ، فكذا إذا حطَّ.

وفي بابِ البَيْعِ لوْ زادَ في الأجلِ علىٰ أن يزيدَ الآخرُ في المال لَمْ يَجُزْ ، فكذا إذا حطَّ شيئًا من المال علىٰ أنْ يحطَّ الأجَلَ ، فظهَرَ الفرقُ بينَ الاعتياضِ [٦/٣٨٤و/م] عنِ الأجلِ في بابِ الكِتَابَةِ ، وبيْنه في بابِ البَيْعِ.

ثُمَّ وَجْهُ الاستحسانِ: هوَ ظاهرُ الروايةِ ، وَرُوِيَ عنْ أبي يوسفَ ﷺ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» أنَّه قالَ: لَا يَجُوزُ ، وعليه الألفُ قياسًا علىٰ سائرِ الديونِ المؤجَّلةِ.

قولُه: (**لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الْحُرِّ**) ، أي: مِثْلُ هذا الصُّلْحِ ، وقدْ مَرَّ بيانُه.

ومُكاتب الْغيْر.

وجه الاستحسان: أنَّ الأجل في حقّ الْمكَاتب مَالٌ مِنْ وَجْهٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يقدرُ علَى الأداء إلَّا به فأُعطي له حُكْم الْمال، وبَدَلُ الْكِتابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ حتَّى لا تصحَ الْكفالةُ به فاعتدلا فلا يكُون ربًا، وَلِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابةِ عقْدٌ منْ وجْهٍ دُون وجْه وَالأَجلُ رِبا مِنْ وَجْهٍ فَيكُونُ شُبهَةُ الشُّبْهَةِ، بِخِلَافِ الْعقْدِ بيْنَ الْحُرَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ عقْدٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ فكَانَ رِبًا وَالْأَجَلُ فِيهِ شُبْهَةٌ.

قال: وإذا كاتَب الْمريضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفيْنِ إِلَى سَنَةٍ، وَقِيمتُهُ أَلْفٌ، ثُمّ مات ولا مال لهُ غيْرُهُ، ولَمْ يُجِزِ الْورَثةُ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَي الْأَلْفَيْنِ حَالًّا، وَالْبَاقِي

غاية البيان

قولُه: (وَمُكاتَبِ الْغَيْرِ)، صورتُه(١): إذا كانَ لإنسانٍ على مُكاتَبِ إنسانٍ آخرَ ألفُ درهمٍ مُؤَجَّلَةٍ إلى سَنَةٍ، فصالَحه على خمسِ مئةِ درهمٍ مُعَجَّلَةٍ لَا يَجُوزُ.

قولُه: (حَتَّى لَا تَصِحَّ الْكَفَالَةُ [بِهِ](٢))، أي: ببدلِ الكِتَابَةِ، وهذا نتيجةٌ لِمَا ليسَ بمذكورٍ، وهوَ أنَّه ليسَ بمالٍ مِن وَجْهٍ، ولكنَّه لَمَّا كانَ ذلكَ مفهومًا مِنْ قولِه: (مَالٌ مِنْ وَجْهٍ)، جعلَه كالمذكورِ.

قولُه: (فَاعْتَدَلَا)، أي: الأجلُ، وبدلُ الكِتَابَةِ.

قولُه: (فَلَا رِبًا)، أي: لوجودِ الاعتدالِ، وهوَ الْمُسَاوَاةُ.

قولُه: (عقْدٌ منْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ)؛ لأنَّ فيه معنى اليمينِ لحصولِ التعليقِ بالأداءِ، وقدْ مَرَّ بيانُه.

قولُه: (قال: وإذا كاتب الْمَرِيضُ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ، وَقِيمَتُهُ أَلْفٌ، ثُمَّ مات وَلا مال لهُ غيْرُهُ، ولَمْ يُجِزِ الْورَثَةُ؛ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي ثُلُثَي الْأَلْفَيْنِ حَالًّا، وَالْبَاقِي

(١) وقع بالأصل: «صورته قوله:». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

... حَتِهِ. أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عندَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وقالَ مُحَمَّدٌ: يُؤَدِّي ثُلُثَي الْأَلْفِ حَالًّا، وَالْبَاقِيَ إِلَى أَجَلِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَتْرُكَ

غاية البيان

... حَتِهِ. أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا عندَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي [٢/٥٤٩ظ] يُوسُفَ ﵄.

وقالَ مُحَمَّدٌ ﵀: يُؤَدِّي ثُلُثَي الْأَلْفِ حَالًّا، وَالْبَاقِيَ إِلَى أَجَلِهِ)[1]، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵁: في الرَّجُلِ يُكَاتِبُ عبدَه في مرضِه على ألفَيْ درهمٍ على سَنَةٍ، وقيمتُه ألفُ درهمٍ، ثُمَّ يَمُوتُ في مرضِه ذلكَ. فأَبَى الورثةُ أنْ يُجِيزوا، قالَ: يُقَالُ للمُكَاتَبِ: أَدِّ ثُلثَي الألفَيْنِ حالًّا، ويكُونُ عليكَ ثُلثُ الألفَيْنِ إلى ذلكَ الأجلِ، فإذا أدَّيْتَه عتقْتَ، وإلَّا ردَدْناكَ في الرِّقِّ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄.

وقالَ محمدٌ ﵀: يُقَالُ للمُكَاتَبِ: أَدِّ ثُلثَي القِيمَةِ ثُلثَي الألفِ الدرهم، والبقيةُ عليك إلى أجَلٍ، وإنْ أبى رُدَّ في الرِّقِّ، وإنْ كاتَبَ على ألفِ درهمٍ، وقيمتُه ألفانِ إلى سَنَةٍ. فأَبَى الورثةُ أن يُجِيزوا، قيلَ له: أَدِّ ثُلثَي قيمتِك الساعةَ وأنتَ حُرٌّ، وإلا رددْناكَ في الرِّقِّ في قولِهم جميعًا»[2]. إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﵀: وهذه المسألةُ قد ذُكِرَتْ في «المبسوطِ» في كتابِ الشُّفْعَةِ. وفي كتابِ المُكَاتَبِ، وفي «الجامعِ الكبيرِ»، إلَّا أنَّه لمْ يَذْكُرْ قولَ أبي حنيفةَ ﵀ إلَّا في هذا الموضعِ ـ أي: في «الجامعِ الصغيرِ» ـ.

وأصلُ هذه المسألةِ: في كتابِ الشُّفْعَةِ في مريضٍ باعَ دارًا قيمتُها ألفٌ بثلاثةِ

---

(١) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٩/١٩٣]. «تبيين الحقائق» [٥/١٦٣]. «البناية شرح الهداية» [١٠/٤١٩]. «درر الحكام» [٢/٢٩]. «مجمع الضمانات» [ص/٤٤٠].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٢].

الزِّيَادَةَ بِأَنْ يُكَاتِبَهُ عَلَىٰ قِيمَتِهِ فَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا خَالَعَ الْمَرِيضُ امْرَأَتَهُ عَلَىٰ أَلْفٍ إِلَىٰ سَنَةٍ جَازَ، لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا بِغَيْرِ بَدَلٍ، لَهُمَا أَنَّ جَمِيعَ الْمُسَمَّىٰ

﴿ غاية البيان ﴾

آلافِ درهمٍ إلىٰ سَنَةٍ، ثُمَّ ماتَ ولا مالَ لهُ غيرها، وأبىٰ الورثةُ أنْ يُجِيزوا؛ فإنَّه يُقالُ للمُشْتَرِي: إمَّا أنْ تُعَجِّلَ ثُلثي جميعِ الثَّمَنِ والثلثُ [٣٨٤/٦ظ/م] عليك إلىٰ أجَلِه، وإلا فانقُضِ البَيْعَ، وهوَ قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ﵄.

وقالَ محمد ﵀: يُقالُ له: إمَّا أنْ تُعَجِّلَ لهُ ثُلثي القِيمَةِ، والباقي عليكَ إلىٰ أجَلِه، وإنْ شِئْتَ فانقُضِ البَيْعَ.

والحاصلُ: أنَّ عندَهما: تُعْتَبَرُ المُحَابَاةُ بالأجلِ في جميعِ الثَّمَنِ وَصِيَّةً من الثلثِ.

وعندَ محمدٍ ﵀: يُعْتَبَرُ في قَدْرِ القِيمَة مِنَ الثلثِ، وفيما زادَ عليها مِنْ رأسِ المالِ.

وَجْهُ قولِ محمدٍ: أنَّه يَمْلِكُ تَرْكَ ما زادَ علىٰ القِيمَةِ؛ لأنَّه لَا يتعَلَّقُ بهِ حقُّ الورثةِ، فلأَنْ يَمْلِكَ التأجيلَ أَوْلَىٰ، ولهذا لوْ كاتَبَه في الابتداءِ علىٰ ألفٍ صحَّ، فصارَ كمَنْ خالَعَ امرأتَه وأجَّلَ بدلَ الخُلْعِ إلىٰ سَنَةٍ، صحَّ ذلكَ إلىٰ سَنةٍ؛ لأنَّه يَمْلِكُ تَرْكَ البدلِ أصلًا.

كما إذا أبانَها بلَا بدلٍ، فيَمْلِكُ التأجيلَ أيضًا، فكذا هنا، فإنْ لَمْ يتعَلَّقْ حقُّ الورثةِ بما زادَ علىٰ القِيمَةِ، بلْ تعلَّقَ بمقدارِ القِيمَةِ، صحَّ محاباتُه في ثُلثِ القِيمَةِ لَا غيرَ، فيَجِبُ عليه تعجيلُ ثُلثي القِيمَةِ، وهما ثُلثا[1] الألفِ ستُّ مئةٍ وستةٌ وستون[2] وثُلثا درهمٍ، والباقي مِنَ البدلِ إلىٰ تمامِ الألفيْنِ إلىٰ أجَلِه.

---

(١) وقع بالأصل: «ثُلثي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «وستين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بدل الرَّقَبَةِ حَتَّى أُجْرِيَ عَلَيْهَا أَحْكَامُ الْأَبْدَالِ وَحَقُّ الْوَرَثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِالْمُبْدَلِ فَكَذَا بالبدل. وَالتَّأْجِيلُ إِسْقَاطٌ مَعْنًى فَيُعْتَبَرُ مِنْ ثُلُثِ الْجَمِيعِ، بِخِلَافِ الْخُلْعِ؛ لِأَنَّ البدل فِيهِ لَا يُقَابِلُ الْمَالَ فَلَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِالْمُبْدَلِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالْبَدَلِ، وَنَظِيرُ هذا: إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ دَارَهُ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ ثُمَّ مَاتَ وَلَمْ يُجِزْ الورثةُ فَعِنْدَهُمَا يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدِّ ثُلُثَي جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالًا وَالثُّلُثَ إِلَى أَجَلِهِ وَإِلَّا ونُقِضَ الْبَيْعُ، وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ الْقِيمَةِ لَا فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ الْمَعْنَى.

غاية البيان

وَوجهُ قولِهما: أنَّ حقَّ الورثةِ كانَ متعلِّقًا بالعبدِ لَمَّا مَرِضَ سيدُه مرضَ الموتِ. فانتقلَ الحقُّ إلى البدلِ، والبدلُ ألفانِ لَا ألفٌ، فكانَ حقُّهم في البدلِ كما كانَ في المُبْدَلِ، فيُؤْمَرُ بتسليمِ ثُلُثي بدلِ الكتابةِ للحالِ ويُؤَخِّرُ ثُلُثَه؛ لأنَّ التأجيلَ تبرُّعٌ، ومحلُّ تبرُّعِ المريضِ الثلثُ لَا غيرَ، فكانَ عليه أن يُعَجِّلَ ثُلُثي الألفَيْنِ، وهما ألفٌ وثلاثُ مئةٍ وثلاثةٌ وثلاثون وثُلُثُ درهمٍ، والباقي وهوَ ثُلُثُ الألفَيْنِ ستُّ مئةٍ وستةٌ وستون وثُلُثا درهمٍ إلى أجَلِه.

بخلافِ بدلِ الخُلْعِ، فإنَّه لمْ يُقَابِلْه مالٌ؛ لأنَّ البُضْعَ في حالةِ الخروجِ لَا يُعْتَبَرُ مالًا. فَلَمْ يتعلَّقْ حقُّ الورثةِ بالمُبْدَلِ، فَلَمْ يتعلَّقْ بالبدلِ أيضًا، وفيما نحنُ فيه تعلَّقَ حقُّهم بالمُبْدَلِ، فتعلَّقَ بالبدلِ، فظهَرَ الفرقُ.

قولُه: (أُجْرِيَ عَلَيْهَا أَحْكَامُ الْأَبْدَالِ)، فلوْ قالَ: «عليه»، كانَ أَوْلَى، أي: على بدلِ الرَّقَبَةِ، والتأنيثُ بتأويلِ العينِ، أي: على العينِ التي كُوتِبَ العبدُ عليها؛ وإنَّما قالَ هذا دفعًا لوَهْمِ مَنْ يَقُولُ: إنَّ بدلَ الكِتَابَةِ صلةٌ؛ لأنَّه بدلُ ما ليسَ بمالٍ، وهو فكُّ الحجْرِ. فكانَ كالخلعِ. وكان قياسُ محمدٍ صحيحًا [٢/٥٥٥ر]، فقالَ: لهُ حُكْمُ العِوَضِ. ولهذا لوْ كانَ بدلُ الكِتَابَةِ دارًا يأْخُذُها الشَّفيعُ.

قولُه: (وَنَظِيرُ هَذَا: إِذَا بَاعَ الْمَرِيضُ دَارَهُ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ إِلَى سَنَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ)،

قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ، وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ، وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ؛ أَدَّى [١٠٠ د] ثُلُثَيِ القِيمَةِ، أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا فِي قولِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ المُحَابَاةَ هُنَا فِي القَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ فَاعْتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهَا.

غاية البيان

أي: نظيرُ هذا الاختلافِ ـ الذي وقَعَ بينَ محمدٍ ﷺ وصاحبَيْه ﷺ في بدلِ الكِتَابَةِ ـ اختلافُهم في بَيْعِ المريضِ، وهوَ أن رَجُلًا لهُ عبدٌ أو دارٌ قيمتُه ألفُ درهمٍ، فباعَه في مرضِ الموتِ بثلاثةِ آلافٍ إلى سَنةٍ فماتَ؛ جازَ البَيْعُ.

ويُقَالُ للمُشْتَرِي: أَدِّ ثُلُثي الثَّمَنِ حالًا، والباقي عليك إلى أجلِه، وإلا فَيُرَدُّ البَيْعُ [٦/٣٨٥و/م] عندهما.

وعندَ محمدٍ: يُقَالُ له: عَجِّلْ ثُلُثيَ القِيمَةِ، والباقي عليكَ إلى أَجَلٍ، والمعنى فيه ما ذَكَرْنا مِنَ الدليلِ من الطرفيْنِ، وهوَ المرادُ بقولِه: (لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المَعْنَى).

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفٍ إلى سَنَةٍ، وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ، وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ؛ أَدَّى ثُلُثَيِ القِيمَةِ، أَوْ يُرَدُّ رَقِيقًا في قولِهِمْ جَمِيعًا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»(١). ولفظُ أصلِ «الجامعِ» ذُكر آنفًا، وذلكَ لأنَّه حابَى في قَدْرِ المالِ والأجلِ جميعًا؛ لأنَّه أسقطَ أحدَ الألفَيْنِ، وأجَّلَ الألفَ الآخرَ، فوجَبَ اعتبارُ الكلِّ مِنَ ثُلُثِ مالِه، فصحَّ في الثلثِ، وبَطَلَ فيما زادَ عليه، فيدفَعُ ثُلُثيَ القِيمَةِ حالًّا، فيَعْتِقُ حتى تَنْدَفِعَ المُحَابَاةُ عمَّا تعلَّقَ بهِ حقُّ الورثةِ، ويسْقُطُ عنه الثلثُ الباقي؛ لأنَّه لَمْ يتعلَّقْ بهِ حقُّهم، وقدْ أَدَّى المشروطَ وزيادةً.

والله ﷻ أعلمُ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٦٢].

بَابُ
مَنْ يُكَاتِبُ عنِ العَبْدِ

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّىٰ عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ الْعَبْدَ فَقَبِلَ؛ فهوَ مُكَاتَبٌ وَصُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الْحُرُّ لِمَوْلَي الْعَبْدِ كَاتِبْ

غاية البيان

بَابُ
مَنْ يُكَاتِبُ عنِ العَبْدِ

شرَعَ في هذا البابِ بذِكْرِ تصرُّفِ الفُضُولِيِّ في عَقْدِ الكِتَابَةِ ـ والفُضُولِيُّ إمَّا حُرٌّ أو عبْدٌ ـ بعد ما ذكَرَ تصَرُّفَ الأصيلِ؛ لأنَّ الأصلَ في التصرُّفاتِ هوَ الأصيلُ دونَ الفُضُولِيِّ؛ لأنَّ عَقْدَه جائزٌ بلَا توقُّفٍ، بخلافِ الفُضُولِيِّ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّىٰ عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ الْعَبْدَ فَقَبِلَ؛ فهوَ مُكَاتَبٌ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[1].

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: صورتُه أنْ يَقُولَ الحُرُّ لمولىٰ العبدِ: كاتبْ عبدَكَ فلانًا على كذا، علىٰ أني إنْ أدَّيْته فهوَ حُرٌّ. فكاتَبه والعبدُ غائبٌ، فقَبِلَ الحُرّ، فكانَ ذلكَ تعليقَ العتقِ بالأداءِ، فإذا أَدَّىٰ عَتَقَ بحُكْمِ الشرطِ؛ لأنَّ حُكْمَ التعليقِ نافذٌ في الحالِ، وإنْ كانَتِ الكِتَابَةُ موقوفةً؛ لأنَّ العقدَ عُقِدَ وله مُجِيزٌ حالةَ العقدِ، فيتوقَّفُ نفاذُه على الإجازةِ كالفُضُولِيِّ إذا باشَرَ عَقْدَ النِّكاحِ عنِ الغائبِ؛ يتَوَقَّفُ علىٰ الإجازةِ.

ولا يَرْجِعُ الحُرُّ بما أدَّىٰ على العبدِ؛ لأنَّه مُتبَرِّعٌ، فإذا بلغَ العبدُ فإنْ أجازَ نَفَذَ عليه وإلا بَطَلَ، والفرقُ بينَ هذه المسألةِ ـ حيث كانَتِ الكِتَابَةُ موقوفةً على الغائبِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٣].

عَبدَكَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ الْمَوْلَى عَلَى هَذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَإِذَا قَبِلَ الْعَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَتِهِ وَقَبُولِهِ إِجَازَةٌ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ عَلَى أَنِّي إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ

غاية البيان

ـ وبين المسألةِ الثانيةِ ـ وهيَ ما إذا كاتَبَ عبْدَه الحاضرَ على نفسِه، وعلى عبْدٍ لهُ آخرَ غائبٍ، حيثُ كانَتِ الكِتَابَةُ نافذةً على الغائبِ استحسانًا ـ: أنَّ في هذه المسألةِ تعَذَّرَ تنفيذُ الكِتَابَةِ على الغائبِ قبْلَ إجازتِه؛ لأنَّه إذا نَفَذَتِ لَا يَخْلُو:

إمَّا أن يَجِبَ ببدلٍ يَجِبُ على الغائبِ، أوْ ببدلٍ يَجِبُ على الحُرّ، أوْ لَا ببدلٍ لَا وَجْهَ إلى الأولِ؛ لأنَّ المولى والفُضُوليَّ لَا يَمْلِكانِ إيجابَ المالِ على العبدِ بِالكِتَابَةِ من غيرِ رضاه.

ولا وَجْهَ إلى الثاني أيضًا؛ لأنَّه لوْ وجَبَ على الحُرِّ لَا يَخْلُو: إمَّا إنْ وجَبَ عليه بحُكْمِ بدلِ كِتَابتِه [٣٨٥/٦ظ/م]، أو بحُكْمِ الكَفَالَةِ عنِ العبدِ، فلَا وَجْهَ إلى الأولِ؛ لأنَّ الحُرَّ لَا يستفيدُ بهِ عِتْقًا، ولا وَجْهَ إلى الثاني؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لوْ كانتْ واجبةً على العبدِ لَا يَصِحُّ الضَّمَانُ ببدلِ [٥٥٠/٢ظ] الكِتَابَةِ، وهنا أَوْلَى.

ولا وَجْهَ إلى الثالثِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فلَا تَنْعَقِدُ بلَا بدلٍ، فَلَمَّا تعَذَّرَ النفاذُ تعَيَّنَ التوقفُ، وفي تلكَ المسألةِ أَمْكَنَ النفاذُ ببدلٍ يَجِبُ على الحاضرِ على أنْ يَكُونَ بدلَ كِتَابَةِ الحاضرِ؛ لأنَّه يَسْتَفِيدُ بهِ العتقَ، هذا الذي قلْنا إذا كاتَبَ الحُرُّ عنِ العبدِ الغائبِ بشَرْطِ أنَّه إذا أدَّى عنه فهوَ حُرٌّ.

أمَّا إذا كاتَبَ عنه ولم يَشْرِطْ ذلكَ، ومع ذلكَ أدَّى عنه، فهل يَعْتِقُ العبدُ أَمْ لا؟

في القياسِ: لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّ العقدَ موقوفٌ، ولَمْ يُوجَدْ تعليقُ العتقِ بالأداءِ حتى يَقَعَ العتقُ بوجودِ الشرطِ.

وفي الاستحسانِ: يَعْتِقُ؛ لأنَّه لَا ضررَ على العبدِ في ذلكَ، بلْ فيه نفْعٌ خالصٌ،

حُرٌّ فَأَدَّىٰ لَا يُعْتَقُ قِيَاسًا؛ لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ وَالْعَقْدِ مَوْقُوفٌ. وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يُعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الْغَائِبِ فِي تَعْلِيقِ الْعِتْقِ بِأَدَاءِ الْقَائِلِ فَيَصِحُّ فِي حَقِّ هَذَا

غاية البيان

حيثُ لَا يَرْجِعُ الحُرُّ عليه، فَلَمْ يتَوَقَّفْ على إجازتِه، [بخلافِ لزومِ بدلِ الكِتَابَةِ عليه، فإن فيه ضررًا عليه، فتوقَّفَ على إجازتِه][1].

قالَ الإمامُ العَتَّابِيُّ ﵀ في «شرحِ الجامعِ الكبيرِ[2]»: «ولو أَنَّ فُضُولِيًّا قَبِلَ كِتَابَةَ عبْدٍ على ألفِ درهم، توَقَّفَ على إجازةِ العبدِ؛ لأنَّه تعَذَّر إيجابُ البدلِ على الفُضُولِيِّ؛ لأنَّه لَا حظَّ لَهُ مِنَ العتقِ، فإنْ بلَغَه وأجازَ؛ صارَ مُكاتبًا، وإنْ تبَرَّعَ الفُضُولِيُّ بأداءِ بدلِ الكِتَابَةِ قبْلَ أنْ يبْلُغَ العبدُ؛ عَتَقَ بحُكْمِ الشرطِ، ولا يَرْجِعُ على العبدِ؛ لأنَّه مُتَبَرِّعٌ به.

وهل يَسْتَرِدُّ مِنَ المولىٰ إنْ أدَّاه بحُكْمِ ضَمَانٍ؟ يَسْتَرِدُّ؛ لأنَّه أدَّاه بحُكْمِ ضَمَانٍ فاسدٍ، وإذا رَجَعَ على المولىٰ لَا يَرْجِعُ المولىٰ على العبدِ؛ لأنَّه لَا شيءَ على العبدِ قبْلَ الإجازةِ، فيَعْتِقُ بغيرِ شيءٍ، وإنْ أدَّاه بغيرِ ضَمَانٍ لم يَرْجِعْ على أحدٍ وعَتَقَ؛ لأنَّه تبَرَّعَ وقدْ حصَلَ مقصودُه، وهوَ عِتْقُ العبدِ، بخلافِ ما أدَّىٰ دَيْنَ إنسانٍ بغيرِ أمْرِه، ثُمَّ ظهَرَ أنَّه لَا دَيْنَ عليه، يَرْجِعُ بما أدَّىٰ؛ لأنَّه لَمْ يحْصُلِ المقصودُ.

فإنْ أدَّىٰ الفُضُولِيُّ بعضَ بدلِ الكِتَابَةِ، فإنْ لمْ يبْلُغِ العبدَ؛ يَرْجِعُ بكلِّ حالٍ، سواءٌ أدَّاه بضمانٍ أو بغيرِ ضَمَانٍ؛ لأنَّه لم يَحْصُلْ مقصودُه، فإن لم يَرْجِعْ حتىٰ بلَغَ العبدَ فأجازَ، إنْ أدَّاه بغيرِ ضَمَانٍ لَا يَرْجِعُ؛ لأنَّه حصَلَ مقصودُه، وهوَ بَرَاءَةُ العبدِ عن بعضِ بدلِ الكِتَابَةِ، نَفَذَتْ منْ حينِ وجودِها، فظهرَ أنَّه أدَّاه بعدَ نفوذِ الكتابةِ، وإنْ أدَّاه بضمانٍ يَرْجِعُ؛ لفسادِ الضَّمَانِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «الصغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

الْحُكْمِ وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الْأَلْفِ الْعَبْدَ. وَقِيلَ: هذهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ وَلَو أَدَّىٰ الحُرُّ البَدَلَ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قال: وَإذا كاتب الْعَبْدُ عنْ نفْسه، وعنْ عَبْدِ آخر لِموْلاهُ غائبٍ، فإنْ أدّىٰ الشّاهدُ أو الغائبُ عتقا وَمَعْنَىٰ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ كَاتِبْنِي بِأَلْف دِرْهَمٍ عَلَىٰ

غاية البيان

ولو أنَّ لرَجُلٍ حُرٍّ ابنًا مملوكًا لغيرِه، كاتَبَ عنه أبوه مع مولاه توقَّفَتْ، فإنْ كانَ الابنُ يَعْقِلُ وأجازَ؛ نَفَذَتِ الكِتَابَةُ عليه، وإنْ لَمْ يَعْقِلْ توقفَتْ إلىٰ أنْ يَعْقِلَ، فإذا عَقِلَ وقَبِلَ [٦/٣٨٦و/م] نَفَذَتِ الكِتَابَةُ عليه؛ لأنَّ العجزَ علىٰ شرفِ الزوالِ، فلَا يَمْنَعُ التوقفَ، كما لوْ باعَ فُضُولِيٌّ مالَ إنسانٍ، وهوَ مُغْمًىٰ عليه، أوْ مجنونٌ جنونًا غيرَ مُطْبِقٍ، فأفاقَ وأجازَ جازَ، كذا هذا». كذا ذكرَ الإمامُ العَتَّابِيُّ رحمه الله.

قولُه: (وَقِيلَ: هَذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ)، أي: صورةُ مسألةِ كتابِ «الجامعِ الصغيرِ»، فيما إذا أدَّىٰ الحُرُّ عنِ العبدِ بعدَ أنْ كاتَبَ عنه مطلقًا عنْ تعليقِ العتقِ بالأداءِ، ولم يَقُلْ شيئًا؛ لأنَّه إنَّما يَتَوَقَّفُ العقدُ لأجْلِ أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، فإذا أدَّىٰ عنه اسْتُغْنِيَ عنِ التوقفِ ووقعَ العتقُ، وإلىٰ هذا الوجهِ مالَ الفقيهُ أبو الليثِ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الْعَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ، وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ غَائِبٍ، فَإِنْ أَدَّىٰ الشَّاهِدُ أوِ الغَائِبُ عَتَقَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورةُ المسألةِ في أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»: «فإنْ كاتَبَ عبْدَه علىٰ نفسِه، وعلىٰ عبدٍ آخرَ غائبٍ لمولاه، فأدَّىٰ هذا الشاهدُ عَتَقَ الغائبُ، وأيُّهما أدَّىٰ لم يَرْجِعْ علىٰ صاحبِه بشيءٍ، وليسَ للمولىٰ أنْ يَأْخُذَ الغائبَ بشيءٍ، إنْ قَبِلَ الغائبُ أوْ لَمْ يَقْبَلْ؛ فليسَ هذا منه بشيءٍ، والمُكَاتَبَةُ لازمةٌ للشاهدِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ محمدٍ رحمه الله.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٣].

نفسي وعلى فُلَانٍ الْغَائِبِ، وَهَذِهِ كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ؛ اِسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ: يَصِحُّ على نفسِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا وَيَتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ عَلَيْهِ. وَجْهُ

وقالَ محمدٌ في «الجامعِ الكبيرِ»: «رَجُلٌ كاتَبَ عبْدَه على نفسِه، وعلى عبْدٍ له غائبٍ: فالمكاتبةُ جائزةٌ، ولا يَلْزَمُ الغائبَ مِنَ المالِ شيءٌ، ويأْخُذُ الحاضرُ بجميعِ الكِتَابَةِ، أجازَ الغائبُ الكِتَابَةَ أوْ لَمْ يُجِزْها»(١).

ولَمْ يَذْكُرِ القياسَ [٢/٥٥١و] والاستحسانَ في الجامعَيْنِ كما ترى، وذكرَ في كتابِ المُكَاتَبِ مِنَ «المبسوطِ» هذه المسألةَ، وذكرَ فيها العَتَّابِيُّ القياسَ والاستحسانَ فقالَ: «القياسُ: أن يَصِيرَ الحاضرُ مُكاتبًا بما يخصُّه مِنَ الكِتَابَةِ، لَا بجميعِ المُكَاتَبَةِ، وتتقفُ الكِتَابَةُ في حقِّ الغائبِ بما يخصُّه مِنَ المُكَاتَبَةِ على إجازتِه، حتى مَلَكَ المولى بَيْعَه، وأخَذَ أكسابَه قبْلَ إجازةِ الغائبِ.

وفي الاستحسانِ: يَصِيرُ الحاضرُ مُكاتبًا بجميعِ المُكَاتَبَةِ، وتَنْفُذُ الكِتَابَةُ على الغائبِ فيما يَنْتَفِعُ بهِ مِنْ حقوقِ الكِتَابَةِ».

وَجْه القياسِ: أنَّ العبدَ الحاضرَ لهُ ولايةُ الكِتَابَةِ على نفسِه، وليسَ لهُ ولايةٌ على الغائبِ، فيَنْفُذُ تصرُّفه في موضعِ ولايتِه، ويتوقَّفُ في غيرِه، كمَنْ باعَ مالَه بمالِ غيرِه، أوْ زوَّجَ أَمَتَه وأَمَةَ غيرِه، أوْ كاتَبَ عبْدَه وعبْدَ غيرِه.

وَوجْهُ الاستحسانِ: أنَّ الحاضرَ جعلَ نفسَه أصلًا في عَقْدِ الكِتَابَةِ، وجعلَ الغائبَ تبعًا لنفسِه، حيثُ ابتدأَ بنفسِه وقالَ: كاتِبْني بكذا وفلانًا الغائب، والكِتَابَةُ تثْبُتُ في غيرِ العاقدِ [٦/٣٨٦ظ/م] تبعًا، كالولدِ المولودِ في الكِتَابَةِ، فكذا يَدْخُلُ الغائبُ في الكِتَابَةِ تبعًا؛ لأنَّه نفْعٌ مَحْضٌ لَا يَتَضرَّرُ به، حيثُ يحْصُلُ العتقُ، فليسَ

---

(١) لَمْ نظْفَر به في مظانِّه مِن القدْر المطبوع مِن «الجامع الكبير»! والمطبوعُ به سقطٌ كبير يشْمَل عدَّةَ أبوابٍ متناثرة.

الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الْحَاضِرَ بِإِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَىٰ نَفْسِهِ اِبْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلاً وَالْغَائِبُ تَبعًا، وَالْكِتَابَةُ عَلَىٰ هَذَا الْوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالْأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ

غاية البيان

عليه شيءٌ مِنَ البدلِ، سواءٌ قَبِلَ الكِتَابَةَ أَوْ لَمْ يَقْبَلْها، ولأنَّ هذا العقدَ في حقِّ الغائبِ تعليقُ العتقِ بأداءِ الحاضرِ، والمولىٰ يَنْفَرِدُ بالتعليقِ، فوَجَبَ أنْ يَصِحَّ، فكأنَّه قالَ للحاضرِ: إنْ أدَّيْتَ إليَّ كذا ففلانٌ حُرٌّ، وإنَّما وجَبَ البدلُ على الحاضرِ؛ لأنَّه أصلٌ، ولم يَجِبْ على الغائبِ شيءٌ؛ لأنَّه تبعٌ، وأيُّهما أدَّىٰ الألفَ عتقَا.

أمَّا الحاضرُ: فظاهرٌ.

وأمَّا الغائبُ: فلأنَّه وإنْ لَمْ يَكُنِ البدلُ لازمًا عليه، لكنْ لهُ نفْعٌ في الأداءِ؛ لأنَّه يتوسَّلُ بهِ إلىٰ العتقِ، فكانَ أداؤُه مُعْتبرًا فيَعْتِقانِ، وأيُّهما أدَّىٰ لم يَرْجِعْ على الآخرِ بشيءٍ.

أمَّا الحاضرُ: فلأنَّ البدلَ عليه.

وأمَّا الغائبُ: فلأنَّه مُتبَرِّعٌ في الأداءِ.

وتمامُ بيانِ تفريعاتِ المسألةِ في «**شروحِ الجامعِ الكبيرِ**»:

إذا كاتَبَ عبدَه علىٰ نفسِه، وعلىٰ عبدٍ لهُ آخرَ غائبٍ علىٰ ألفِ درهمٍ، فقَبِلَ الحاضرُ؛ نَفَذَتِ الكِتَابَةُ عليهما، ولا يتَوَقَّفُ في حقِّ الغائبِ علىٰ قبولِه وإجازتِه، ولا يَنْفَسِخُ بفَسْخِه؛ لأنَّه لَا شيءَ عليه مِنَ البدلِ؛ لكونِه تبعًا للحاضرِ، فإنْ أدَّىٰ الغائبُ جميعَ البدلِ؛ يُجْبَرُ المولىٰ عنِ القبولِ؛ لأنَّ لهُ حقًّا في الأداءِ حتىٰ يَعْتِقَ، بخلافِ الأجنبيِّ إذا أدَّىٰ، حيثُ لَا يُجْبَرُ علىٰ القبولِ؛ لأنَّه لَا حقَّ لهُ في الأداءِ.

ولوْ ماتَ الحاضرُ ثُمَّ أدَّىٰ الغائبُ حِصَّتَه؛ يُجْبَرُ علىٰ القبولِ؛ لأنَّه فاتَ رجاءُ الأداءِ مِنَ الحاضرِ، ولوْ أعتقَ المولىٰ الغائبَ؛ سَقَطَتْ حِصَّتُه مِنَ البدلِ؛ لأنَّ البدلَ

أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبَعًا حَتَّىٰ عُتِقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ وَإِذَا أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَىٰ هَذَا الْوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الْحَاضِرُ ....

غاية البيان

وإنْ لَمْ يَكُنْ عليه، ولكن إنَّما التزمَ الحاضرُ كلَّ الألفِ علىٰ نفسِه[1] بمقابلةِ عِتْقِهما، فإذا أعتَقَ الغائبَ سَقَطَتْ حِصَّتُه؛ كمنْ قالَ لامرأتِه: طلَّقْتُكِ وفلانة علىٰ ألفِ درهمٍ عليكِ، فقبِلَتِ الحاضرةُ طَلُقَتا طلاقًا بائنًا، وإنْ كانَ جميعُ الألفِ علىٰ الحاضرةِ.

ولوْ وهبَ المولىٰ الكِتَابَةَ مِنَ الغائبِ، أوْ أبرأَه عنها لم يَصِحَّ؛ لأنَّه لَا شيءَ نهُ عليه، وإن أعتقَ المولىٰ الحاضرَ سَقَطَتْ حِصَّتُه، وأخذَ الغائبُ بحِصَّتِه حتىٰ لوْ لَمْ يُؤَدِّ يُرَدُّ رقيقًا؛ لأنَّ عِتْقَه تعلَّقَ بأداءِ الكِتَابَةِ، ولَمْ يُوجَدْ شيءٌ منَ الأداءِ.

والقياسُ: أن يَبْطُلَ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لَمْ تَبْقَ في حقِّ الأصلِ، لكنْ نقولُ: لَمْ يَبْقَ في الأصلِ لمعْنًىٰ يخُصُّه[2]، فلَا يتعدَّىٰ إلىٰ البطلانِ في حقِّ الغائبِ، لكن يُؤَدِّي حِصَّتَه حالًّا.

وقالَ بعضُهم: مُنجَّمًا كما كانَ علىٰ الحاضرِ، والأولُ أصحُّ؛ لأنَّه ليسَ جزءَ الحاضرِ.

وإنْ أدَّىٰ حِصَّتَه بعدَ موتِ الحاضرِ [٦/٣٨٧و/م]؛ أُجْبِرَ المولىٰ علىٰ قبولِه؛ لأنَّه فاتَ رجاءُ الأداءِ مِنَ الحاضرِ.

وإنْ أدَّىٰ الحاضرُ حِصَّتَه لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّ العتقَ مُعَلَّقٌ بأداءِ الكلِّ، وإذا أدَّىٰ الكلَّ لم يَرْجِعْ [٢/٥٥١ظ] علىٰ الغائبِ؛ لِمَا مَرَّ.

وإنْ وهبَ المولىٰ كِتَابتَه منَ الحاضرِ، أوْ أبرأَه عنها عتقَا، ولا يَرْجِعُ علىٰ

---

(١) وقع بالأصل: «إلىٰ نفسه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) وقع بالأصل: «بحصة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الْبَدَلِ؛ لِأَنَّ الْبَدَلَ عَلَيْهِ لِكَوْنِهِ أَصْلاً فِيهِ، وَلَا يَكُونُ عَلَى الْغَائِبِ مِنَ الْبَدَلِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ فِيهِ.

قَالَ: وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ أَمَّا الْحَاضِرُ فَلِأَنَّ الْبَدَلَ

غاية البيان

الغائبِ بشيءٍ.

ولوْ ماتَ الغائبُ، وترَكَ ولدًا حُرًّا مِن امرأةٍ حُرَّةٍ، ثُمَّ أدَّى الحاضرُ المُكَاتَبَةَ جَرَّ ولاءَ الولدِ؛ لأنَّه ظهرَ أنَّه عتَقَ في آخرِ حياتِه، وينتقِلُ ولاءُ الولدِ إلى مولى الغائبِ بعدَ موتِه، وكذا لوْ ماتَ الحاضرُ وترَكَ ولدًا حرًّا مِن امرأةٍ حُرَّةٍ، ثُمَّ أدَّى الغائبُ المُكَاتَبَةَ جَرَّ ولاءَ ولدِ الحاضرِ، ويتحوَّلُ إلى مولاه؛ لِمَا مَرَّ.

ولوْ كاتَبَ عبدًا لهُ على نفسِه، وعلى ابنٍ [له](١) صغيرٍ على ألفِ درهمٍ، فبلَغَ الابنُ، فهذا والأولُ سواءٌ، إلَّا في خصْلةٍ واحدةٍ، وهي أنَّ هاهنا إذا ماتَ الأبُ سعى الابنُ في نجومِ أبيه في قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ رحمهما الله استحسانًا؛ لأنَّه جُزْءٌ منه.

وفي القياسِ ـ وهو قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه ـ: يُؤَدِّي حالَّةً أو يُرَدُّ رقيقًا، كالولدِ المُشْتَرىٰ في الكِتَابَةِ.

وقالَ بعضُهم: هاهنا يُؤَدِّي مُنجَّمًا بالإجماعِ؛ لأنَّه صارَ منجَّمًا بكتابةِ أبيه حقيقةً، بخلافِ الولدِ المُشْتَرىٰ؛ لأنَّه يَصِيرُ مُكاتبًا حُكْمًا بعدَ كِتَابَةِ الأولِ، وأجمعُوا أنَّ الولدَ المولودَ يسعى على نجومِ أبيه. كذا ذَكَرَ الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ في «شرحِ الجامعِ الكبيرِ».

قولُه: (فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ الْبَدَلِ)، أي: فللمولى أنْ يأخُذَ الحاضرَ.

قولُه: (قَالَ: وَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

قولُه: (وَيُجْبَرُ الْمَوْلَى عَلَى الْقَبُولِ)، وهذا استحسانٌ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

عَلَيْهِ. وَأَمَّا الْغَائِبُ فَلِأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفُ الْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْبَدَلُ عَلَيْهِ وَصَارَ كَمعبرِ الرَّهْنِ إِذَا أَدَّىٰ الدَّينَ يُجْبَرُ الْمُرْتَهِنَ عَلَىٰ الْقَبُولِ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ اِسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الدَّينُ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَأَيُّهُمَا أَدَّىٰ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ [١٣١/و] صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ الْحَاضِرَ قَضَىٰ دَيْنًا عَلَيْهِ وَالْغَائِبَ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيْرَ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ.

غاية البيان

والقياسُ: أَلَّا يُجْبَرَ على القبولِ إذا أدَّىٰ الغائبُ؛ لأنَّه مُتَبَرِّعٌ، أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ في «الشاملِ» في قِسْمِ «المبسوطِ»: «فإنْ ماتَ الحاضرُ فللغائبِ أَلَّا يُؤَدِّيَ شيئًا، فيَبْقَىٰ مملوكًا، وإنْ أدَّىٰ الألفَ يَعْتِقانِ بأدائِه، ويُجْبَرُ المولىٰ على القبولِ استحسانًا.

وَجْهُ القياسِ: أنَّه أتىٰ بما ليسَ بواجبٍ عليه كالأجنبيِّ.

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّه استحقَّ العتقَ بأداءِ هذا المالِ، فيُجْبَرُ المولىٰ، كما لوْ ماتَ المُكَاتَبُ فجاءَ ولدُه المُشْتَرىٰ في السوقِ ببدلِ الكِتَابَةِ؛ يُجْبَرُ على القبولِ، وإنَّما يَعْتِقانِ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ كأنَّ الحاضرَ [٦/٣٨٧ظ/م] ماتَ عنْ وفاءٍ[1].

قولُه: (كَمُعِيرِ الرَّهْنِ)، يَعْنِي: إذا استعارَ منْ إنسانٍ ثوبًا ليَرْهنَه بدَيْنِه، فرهَنَه ثُمَّ أدَّىٰ المُعِيرُ الدَّيْنَ؛ يُجْبَرُ المُرْتَهِنُ على القبولِ وإنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ على المُعِيرِ؛ لأنَّه محتاجٌ إلىٰ استخلاصِ العينِ، ويَرْجِعُ بما أدَّىٰ على المُسْتَعِيرِ، فكذا هنا يُجْبَرُ المولىٰ على القبولِ من الغائبِ وإنْ لَمْ يَكُنِ البدلُ عليه؛ لأنَّه يحْتَاجُ إلىٰ استفادةِ الحُرِّيَّةِ.

قولُه: (قَالَ: وَأَيُّهُمَا أَدَّىٰ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ صَاحِبِهِ)، أي: قالَ في «الجامعِ

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» [٤/١٢٠]، «العناية شرح الهداية» [٩/١٩٥]، «تبيين الحقائق» [٥/١٦٥]، «البناية شرح الهداية» [١٠/٤٢٥]، «مجمع الضمانات» [ص/ ٤٤٠]، «رد المحتار» [٦/١٠٩].

قَالَ: وليسَ لِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ لِمَا بَيْنَا فإن قَبِلَ العَبْدُ الغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، وَالْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الْغَائِبِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ، حَتَّىٰ لَوْ أَدَّىٰ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، كَذَا هَذَا. قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَتِ الْأُمُّ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنِ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ؛ فهوَ جَائِزٌ، وَأَيُّهُمْ أَدَّىٰ لَمْ يَرْجِعْ عَلَىٰ

غاية البيان

الصغيرِ»[١]، وقدْ مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وليسَ لِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ الْغَائِبَ بِشَيْءٍ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[٢]، وقدْ بيَّنَّاهُ.

[قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ تَبَعٌ فِيهِ)][٣].

قولُه: (وَالْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ)، أي: للعبدِ الحاضرِ، يَعْنِي: أنَّ الكِتَابَةَ لزمَتِ الحاضرَ قبْلَ إجازةِ الغائبِ، فبَعْدَ إجازتِه لَا يتَغَيَّرُ ذلكَ، فلأجْلِ هذا لَمْ يَكُنْ للمولىٰ أنْ يأْخُذَ الغائبَ وإنْ قَبِلَ، كمَنْ كَفَلَ عن رَجُلٍ بغيرِ أَمْرِه، ثُمَّ أجازَ المكفولُ عنه؛ لَا يَرْجِع الكفيلُ بما أدَّىٰ عنِ المكفولِ عنه؛ لأنَّ الكَفَالَةَ قبْلَ الإجازةِ نَفَذَتْ علىٰ وَجْهٍ لَا يَكُونُ لهُ حقُّ الرجوعِ، فَلَمْ تتَغَيَّرْ بإجازتِه، كذا هاهنا.

قولُه: (وَإِذَا كَاتَبَتِ الْأُمُّ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنِ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ؛ فهوَ جَائِزٌ).

وصورةُ المسألة في «الجامعِ الصغيرِ»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ كاتَبَ أَمَةً علىٰ نفسِها، وعلىٰ ابنيْنِ لها صغيريْنِ، قالَ: جائزٌ، وإنْ كَبِرَا فأدَّىٰ أحدُهما جميعَ المُكَاتَبَةِ، أو أدَّتْها الأُمُّ؛ فأيُّهما أدَّىٰ لم يَرْجِعْ علىٰ صاحبِه

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٣ - ٤٥٤].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٤].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

صَاحِبِهِ وَيُجْبَرُ الْمَوْلَىٰ عَلَى الْقَبُولِ وَيُعْتَقُونَ ؛ لِأَنَّهَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلاً فِي الْكِتَابَةِ وَأَوْلَادُهَا تَبعًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ ....

غاية البيان

شيءٌ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

قالَ فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ ﷺ في «شرحِ الجامعِ»: «وليسَ [٢/٥٥٢و] جوازُ العقدِ منها على ابنَيْها بطريقِ الولايةِ ؛ إِذْ لَا ولايةَ للأُمِّ الحُرَّةِ علىٰ ولدِها، فكيفَ تَثْبُتُ للأَمَةِ ؟ ولكنْ طريقُ جوازِها: أَنَّ ذلكَ جازَ عليها قصْدًا، وعليهما تبعًا استحسانًا، [كما في كِتَابَةِ الحاضرِ علىٰ عبْدٍ للمولىٰ غائبٍ، وقدْ قيلَ: إن هذا جائزٌ قياسًا واستحسانًا][٢] ؛ لأنَّ الولدَ تبعٌ، بخلافِ الغائبِ، فإنْ أَدَّتِ الأُمُّ [فإنَّما][٢] أَدَّتْ دَيْنًا عليها، فلَا يُشْكِلُ أَنَّها لَا تَرْجِعُ.

وإنْ أَدَّىٰ أحدُ الولدَيْنِ لَا يَرْجِعُ علىٰ [٦/٣٨٨و/م] صاحبِه أيضًا ؛ لأَنَّه ليسَ علىٰ صاحبِه منه شيءٌ، ولا يَرْجِعُ علىٰ الأُمِّ ؛ لأَنَّ الولدَ تابعٌ للأُمِّ [وكسْبُه للأُمِّ][٢]، ويُجْبَرُ المولىٰ علىٰ القبولِ ؛ لأَنَّ المُؤَدِّيَ منتفعٌ بما يُؤَدِّي.

ولا يَرْجِعُ علىٰ القابضِ[٣] استحسانًا، **والقياسُ**: أن يَرْجِعَ ؛ لأَنَّه مُتَبَرِّعٌ، وتبرُّعُ المُكَاتَبِ باطلٌ.

وفي الاستحسانِ: لَا يَرْجِعُ ؛ لأَنَّه لَمَّا كانَ مُنْتفعًا بما يُؤَدِّي، وهوَ أَنَّه يَعْتِقُ، صارَ كأَنَّهُ أَدَّىٰ دَيْنًا عليه، أَلَا ترىٰ أَنَّ المولىٰ يُجْبَرُ علىٰ القبولِ منه، فلذلكَ بطَلَ»[٤]. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ ﷺ.

قولُه: (فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ)، أرادَ بها: ما إذا كاتَبَ العبدُ عن نفسِه، وعن

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٣) وقع بالأصل: «الفائض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٤) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٧٦]، مخطوط مكتبة جار الله تحت رقم [٦٦٢].

وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ.

غاية البيان

عبْدٍ آخرَ لمولاه غائبٍ.

قولُه: (وَهِيَ أَوْلَى بِذَلِكَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ)، أي: الأَمَةُ أَوْلَى بجوازِ عَقْدِ الكِتَابَةِ على ولدِها مِنَ الأجنبيِّ في جوازِ عَقْدِه على الغائبِ، ثُمَّ لَمَّا جازَ العقدُ ثَمَّةَ فهاهنا أَوْلَى؛ لأنَّ الولدَ أقربُ مِنَ الأجنبيِّ؛ لأنَّ الولدَ تبَعٌ، بخلافِ الأجنبيِّ.

واللهُ تعالى أعلمُ.

بَابُ
كِتَابَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ

قَالَ: وَإِذَا كانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ[1] أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَيَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ، فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعْضَ الْأَلْفِ، ثُمَّ عَجَزَ: فَالْمَالُ لِلَّذِي قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: هو مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا، وَمَا أَدَّىٰ فَهُوَ بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

بَابُ
كِتَابَةِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ

لَمَّا فرغَ عن كِتَابَةِ عبدٍ غيرِ مشتركٍ: شرَعَ في كِتَابَةِ عبْدٍ مُشْتركٍ بينَ اثنينِ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ الاشتراكِ، أو لأنَّ الاثنينِ بعدَ الواحدِ، وأطلَقَ كِتَابَةَ العبدِ المشتركِ، ولَمْ يُقَيِّدْ بكتابةِ أحدِ الشريكَيْنِ، أوْ بكتابتِهما، حتىٰ يشملَ الأمريْنِ؛ لأنَّ البابَ لبيانِهما جميعًا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصيبَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَيَقْبِضَ بَدَلَ الْكِتَابَةِ، فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعْضَ الْأَلْفِ، ثُمَّ عَجَزَ؛ فالمالُ لِلَّذِي قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁.

وقالا: هوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا، وَمَا أَدَّىٰ فَهُوَ بَيْنَهُمَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵃: في عبْدٍ بين رَجُلينِ، أذِنَ أحدُهما لصاحبِه أنْ يُكَاتِبَ نصيبَه بألفٍ، فكاتَبَ وقبَضَ بعضَ المُكَاتَبةِ، ثُمَّ

(١) في حاشية الأصل: «خ: رجلين».

وَأَصْلُهُ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ؛ خِلَافًا لَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهَا تُفِيدُ الْحُرِّيَّةَ مِنْ وَجْهٍ فَيَقْتَصِرُ عَلَى نَصِيبِهِ عِنْدَهُ لِلتَّجَزُّؤِ، وَفَائِدَةُ الْإِذْنِ أَلَّا يَكُونَ لَهُ

غاية البيان

عجزَ المُكَاتَبُ، والمالُ في يَدَي الذي قبضَ، قالَ: هوَ له، وكذلكَ إنِ استهلَكه لم يَرْجِعْ صاحبُه عليه بشيءٍ، وما قبضَ فهوَ له.

وقالَ **أبو يوسفَ ومحمدٌ** ﷺ: هوَ مُكَاتَبٌ كُلُّه بينهما نصْفَيْنِ، فكلُّ ما أدَّى فهوَ بينهما نصفانِ»[1]. إلى هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وأصلُ المسألةِ: أنَّ الكِتَابَةَ تتجزَّأُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهما.

بيانُه: أنَّ مُوجبَ عَقْدِ الكِتَابَةِ كونُ العبد أخصَّ بمنافعِه ومَكاسبِه، وذلكَ عبارةٌ عنْ حُرِّيَّةِ اليدِ، فصارَتِ الكِتَابَةُ نظيرَ الْإِعْتَاقِ، فالإعتاقُ يتجزَّأُ عندَه، فكذا الكِتَابَةُ، ولا يتجزَّأُ الْإِعْتَاقُ [٦/٣٨٨ظ/م] عندَهما، فكذا الكِتَابَةُ.

ثُمَّ إذا كاتَبَ نصيبَه بإِذْنِ الشَّرِيكِ؛ صارَ كلُّه مُكاتبًا كإعتاقِ البعضِ؛ لعدمِ تجزُّؤِ الْإِعْتَاقِ عندَهما، فنصيبُه بحُكْمِ المِلْكِ، ونصيبُ شريكِه بحُكْمِ التَّوْكِيلِ، وكلُّ ما قبضَ مِنَ البدلِ يَكُون بينهما، فإذا عجزَ يَكُونُ عبدًا لهما.

وعندَ **أبي حَنِيفَةَ** ﷺ: تَقْتَصِرُ الكِتَابَةُ على نصيبِ العاقدِ لتجزُّؤِ الكِتَابَةِ عندَه، وليسَ للآخرِ حقُّ النقْضِ؛ لأنَّ العقدَ بإِذْنِه، فَلَمَّا أَذِنَ بالقبضِ؛ كانَ إذْنًا للمُكاتَبِ بالأداءِ، فيَكُون مُتَبَرِّعًا بنصيبِه مِنَ الكسبِ للعاقدِ، فاختصَّ بهِ، فكانَ المقبوضُ لهُ، واللهُ أعلمُ.

وجملةُ الكلامِ [٢/٥٥٢ظ] **هنا**: ما ذكرَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «**شرحِ الطَّحَاوِيِّ**»[2] قالَ: «ولوْ أنَّ عبدًا بين رَجُلَيْنِ كاتَبَه أحدُهما، فلَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٤ - ٤٥٥].
(٢) من هنا بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥٢].

حَقُّ الْفَسْخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ، وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ الْبَدَلِ إِذْنٌ لِلْعَبْدِ بِالْأَدَاءِ فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيْهِ فَلِهَذَا كَانَ كُلُّ الْمَقْبُوضِ لَهُ. وَعِنْدَهُمَا الْإِذْنُ بِكِتَابَةِ

بإذنِ شريكِه، أوْ بغيرِ إذْنِ شريكِه، فأمَّا إنْ كانَ بإذْنِ شريكِه؛ فلَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يأذنَ لهُ بقَبْضِ بدلِ الكِتَابَةِ، أوْ لَمْ يأذَنْ لهُ، ولا يَخْلُو: إمَّا أنْ يُكَاتبَ كلَّه، أو نصفَه.

أمَّا إن كاتَبَ نصفَه بغيرِ إذْنِ شريكِه؛ صارَ نصفُه مُكاتبًا، إلَّا أنَّ لشريكِه حقَّ الفَسْخِ؛ لأنَّه يُؤَدِّي إلى الضررِ بهِ في الحالِ، مِن حيثُ إنَّه لَا يَجُوزُ لهُ بيْعُه، وفي الثانِ حيثُ يَصِيرُ مُسْتَسْعًى، فكانَ لهُ حقُّ الفَسْخِ، ولا يَصِحُّ فَسْخُه إلَّا بقضاءٍ، أوْ رضا [المُكَاتَبِ؛ لأنَّه تصرَّفَ في مِلْكِه، فلَا يُفْسَخُ تصرُّفُه إلَّا بقضاءٍ][1]، أو رضا العبدِ، فإنْ فسخَ عادَ عبدًا، والكسبُ لهما.

فإنْ لَمْ يَكُنْ يعلَمُ حتى أدَّى يَعْتِقُ نصفُه، والذي لم يُكَاتبْ يَرْجِعُ على شريكِه، فيَسْتَرِدُّ منه نصفَ ما قبضَ؛ لأنَّ ما أخذَ يَكُونُ كسْبَ عبْدٍ بينهما، ثُمَّ المُكَاتَبُ يَرْجِعُ على العبدِ بما قبضَ شريكُه منه؛ لأنَّه كاتَبَ نصيبَه على بدلٍ، ولم يَسْلَمْ لهُ إلَّا نصْفُه، فكانَ لهُ أن يَرْجِعَ إلى تمامِ البدلِ.

وما كانَ مِنَ الكسبِ في يدِ العبدِ نصفُه لهُ بِالكِتَابَةِ، ونصفُه لشريكِه الذي لم يُكاتبْ. هذا في الكسبِ الذي اكتسبَه قبلَ الأداءِ، وما اكتسبَ بعد الأداءِ فهوَ له؛ لأنَّه بعدَ الأداءِ يَصِيرُ مُسْتَسْعًى، وهوَ أحقُّ بمَكاسبِه ومَنافعِه مِنَ السيدِ.

فإنِ اختلفَ العبدُ والمولى فقالَ العبدُ: هذا كسْبٌ اكتسبْتُه بعدَ الأداءِ، وقالَ المولى: قبْلَ الأداءِ، فالقولُ قولُ العبدِ؛ لأنَّ الكسبَ شيءٌ حادِثٌ، فهوَ لِقُرْبِ الأوقاتِ، ولا يُقَدَّمُ ولا يُؤَخَّرُ إلَّا بدليلٍ، فصارَ الحُكْمُ بعد هذا كعَبْدٍ بينَ اثنيْنِ أعتقَه أحدُهما، إنْ كانَ مُوسِرًا: فللشريكِ ثلاثُ خياراتٍ، وإنْ كانَ مُعْسرًا: فله

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

نَصِيبِهِ إِذْنٌ بِكِتَابَةِ الْكُلِّ لِعَدَمِ التَّجَزُّؤِ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالْمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَيَبْقَىٰ كَذَلِكَ بَعْدَ الْعَجْزِ.

غاية البيان

خيارانِ [٦/٣٨٩و/م]، هذا إذا كانَ الشَّرِيكُ لم يأذَنْ.

وأَمَّا إذا كانَ الشَّرِيكُ يأذَنُ، ولمْ يأذنْ بقَبْضِ بدلِ الكِتَابَةِ؛ فهوَ والأولُ سواءٌ إلَّا في فصلَيْنِ:

أحدِهما: أَلَّا يَكُونَ لهُ حقُّ الفَسْخِ؛ لوجودِ الرضا.

والثاني: ليسَ لهُ أنْ يُضَمِّنَه نصفَ القِيمَةِ بعدما عَتَقَ؛ لأنَّه رَضِيَ بالعتقِ حيثُ أَذِنَ لهُ في الكِتَابَةِ.

وإنْ كانَ أَذِنَ لهُ في الكِتَابَةِ، وقبضَ بدلَ الكِتَابَةِ؛ فهذا والأولُ سواءٌ، إلَّا في ثلاثةِ فصولٍ: اثنانِ قد ذكرناهما، والثالثُ: أنَّ ما قبضَ ليسَ لهُ أنْ يُشارِكَه، هذا إذا كاتَبَ نصيبَه.

فأَمَّا إذا كاتَبَ الجميع؛ فهوَ والأول سواءٌ، إلَّا في فصْلٍ واحدٍ، وهوَ أنَّه إذا أخذَ الشَّرِيكُ منه نصفَ ما قبضَ مِنَ المُكَاتَبِ؛ لَا يَرْجِع بذلكَ علىٰ المُكَاتَبِ، هذا إذا كانَ بغيرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ.

وأَمَّا إذا كانَ بإذْنِه، أو أجازَ قبْلَ أنْ يُؤَدِّيَ؛ صارَ مُكاتبًا بينهما، ولا يَعْتِقُ جميعُه إلَّا بأداءِ الألفِ إليهما جميعًا، فإنْ أدَّىٰ إليهما جميعًا؛ عَتَقَ والوَلَاءُ بينهما، وإنْ أدَّىٰ الكلَّ إلىٰ أحدِهما؛ لَا يَعْتِقُ حتىٰ يَصِلَ نصْفُه إلىٰ شريكِه، إلَّا إذا أَذِنَ لهُ بقَبْضِ الكِتَابَةِ، فإذا وصلَ إليهما عَتَقَ والوَلَاءُ بينهما، وجميعُ الكسبِ للمُكَاتَبِ.

وإنْ لمْ يعْلَمِ الشَّرِيكُ حتىٰ إذا أدَّىٰ نصفَ الكِتَابَةِ؛ لَا يَعْتِقُ حتىٰ يُؤَدِّيَ الجميعَ؛ لأنَّ في الكِتَابَةِ معنىٰ التعليقِ بالشرطِ، فلَا يَنْزِلُ إلَّا بكمالِه، فإنْ أدَّىٰ الكلَّ إليه عَتَقَ بنصيبِه، ولشريكِه أنْ يأخُذَ منه نصفَ ما قبضَ، وهوَ لَا يَرْجِعُ علىٰ

وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا، فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ وَطِئَهَا الْآخَرُ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ؛

هاية البيان

العبدِ؛ لأنَّه لَمْ يَسْلَمْ للعبدِ جميعُ الرَّقَبَةِ، فأدَّىٰ إليهما معًا عَتَقَ، والوَلَاءُ بينهما.

وإنْ أدَّىٰ إلىٰ أحدِهما أوّلًا لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ وقعَتْ بصفقةٍ واحدةٍ، هذا إذا لَمْ يَكُنْ أَذِنَ لهُ بقَبْضِ الكِتَابَةِ، فإنْ أَذِنَ لهُ بقَبْضِ الكِتَابَةِ: فإنْ أدَّىٰ إليهما[1] عَتَقَ كلُّه. وإنْ أدَّىٰ جميعَه إلىٰ الذي كاتَبَه عَتَقَ كلُّه، والمقبوضُ بينهما، والوَلَاءُ بينهما، وإنْ أدَّىٰ كلَّه إلىٰ الشَّريكِ لَمْ يَعْتِقْ حتىٰ يَصِلَ نصفُه إلىٰ شريكِه، وهذا عندَ [٢/٥٥٣و] أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وعندَ صاحِبَيْه: كِتَابَةُ النصفِ كِتَابَةُ الكلِّ؛ لأنَّ الكِتَابَة عندَهما: لَا تتجَزَّأُ، فإنْ لَمْ يُجِزْ صاحبُه يَفْسَخُ، ولوْ لَمْ يفسَخْ حتىٰ أدَّىٰ يَعْتِقُ كلُّه، ويأْخُذُ منهُ الشَّرِيكُ نصفَ ما قبضَ، ولا يَرْجِعُ هوَ علىٰ العبدِ بما قبضَ منه شريكُه، ونصفُ الكسبِ الفاضلِ للمُكَاتَبِ، ونصفُه للذي لم يُكَاتِبْ، والوَلَاءُ كلُّه للذي كاتَبَ، ويَضْمَنُ حِصَّةَ شريكِه إنْ كانَ مُوسِرًا.

ويَسْعَىٰ العبدُ إن كانَ مُعْسِرًا، فأمَّا إذا أجازَ شريكُه صارَ مُكاتبًا بينهما، فإنْ أدَّىٰ إليهما عَتَقَ [٦/٣٨٩ظ/م]، والوَلَاءُ بينهما، وجميعُ الكسبِ للمُكَاتَبِ، فإنْ أدَّىٰ إلىٰ أحدِهما لَا يَعْتِقُ حتىٰ يَصِلَ نصفُه إلىٰ الآخرِ»[2]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ** رحمه الله».

قولُه: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا، فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ وَطِئَهَا الْآخَرُ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**».

(١) وقع بالأصل: «أدَّىٰ إليها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) إلىٰ هنا انتهىٰ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥٢].

لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الْوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ الْمِلْكِ لَهُ فِيهَا وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وُلَدٍ لَهُ، لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَىٰ مِلْكٍ فَيَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الْوَلَدِ عَلَىٰ نَصِيبِهِ كَمَا فِي الْمُدَبَّرَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَى الثَّانِي وَلَدَهَا الْأَخِيرَ صَحَّتْ

غاية البيان

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في جاريةٍ بينَ رَجُلَيْنِ كاتَباها جميعًا، فوَطِئَها أحدُهما، فجاءتْ بولدٍ فادَّعاه، ثُمَّ وَطِئَها الآخرُ، فجاءَتْ بولدٍ فادَّعاه، ثُمَّ عجزَتْ، قالَ: هيَ أُمُّ ولدٍ للأوَّلِ، فيَضْمَنُ الأولُ نصفَ عُقْرِها، [ونصْفُ قيمتِها للآخرِ، ويَضْمَنُ الآخرُ عُقْرَها وقِيمَةَ ولدِها][1]، ويكونُ ابنَه، وأيُّهم دفَع العُقْرَ إلىٰ المُكَاتَبَةِ جازَ.

وإنْ كانَ الثاني لمْ يَطَأْها، ولكنَّه دبَّرَها، ثُمَّ عجزَتْ؛ بَطَلَ تدبيرُه، وكانَتْ أُمَّ ولدٍ للأولِ، وكانَ الولدُ ولدَ الأولِ، ويَضْمَنُ للأولِ نصفَ عُقْرِها، ونصفُ قيمتِها لشريكِه.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ: إنْ وَطِئَها أحدُهما، فجاءَتْ بولدٍ فادَّعَاه؛ صارَتْ أُمَّ ولدٍ لهُ، وهيَ مكاتبتُه لهُ كلُّها علىٰ حالِه.

ويَضْمَنُ لشريكِه نصفَ قيمتِها عندَ أبي يوسفَ ﷺ.

وعندَ محمدٍ ﷺ: عليه الأقلُّ مِنْ نصفِ القِيمَةِ، ومِنْ نصفِ ما بَقِيَ مِنَ المُكَاتَبَةِ، ولَا يَجُوزُ وَطْءُ الآخرِ لها، ولا يَثْبُتُ نسَبُ ولدِها، ولا يَكُونُ ابنه بالقِيمَةِ، ولكنَّه يَغْرَمُ لها العُقْرُ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «مُكَاتَبَةٌ بينَ رَجُلَيْنِ عَلِقَتْ مِن أحدِهما، قالَ: هيَ بالخيارِ: إن شاءَتْ عجزَتْ وكانَتْ أُمَّ ولدٍ لهُ، ويَضْمَنُ لشريكِه نصفَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٥].

دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مُلْكِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ [١٣١/ظ] بَعْدَ ذَلِكَ جُعِلَتْ الْكِتَابَةُ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ زَالَ الْمَانِعُ مِنْ الِانْتِقَالِ وَوَطْأَةِ سَابِقٍ.

غاية البيان

قيمتِها، ونصفَ عُقْرِها، وإنْ شاءَتْ مضتْ على الكِتَابَةِ، وأخذَتْ عُقْرَها.

فإنْ مضَتْ على الكِتَابَةِ، ثُمَّ عَلِقَتْ مِنَ الآخرِ، ثُمَّ عجزَتْ، قالَ: الولدُ الأولُ للأَوَّلِ، والثاني للثاني، وهي أُمُّ ولدٍ للأولِ، وعليه نصفُ قيمتِها، وعلى الثاني قِيمَةُ الولدِ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه»[١]. إلى هنا لفظُ «الكافي».

وحاصلُ الاختلافِ: راجعٌ إلى أنَّ الِاسْتِيلَادَ في المُكَاتَبَةِ يتَجَزَّأُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وعندَهما: لَا يتَجَزَّأُ، وفي القِنَّةِ لَا يتَجَزَّأُ بالإجماعِ، وفي المُدَبَّرةِ يتَجَزَّأُ عندَهم[٢]. كذا ذكَر فخرُ الدِّين قاضي خان رحمه الله في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ».

لهما: أنَّ الِاسْتِيلَادَ [إذا أمْكَنَ تكميلُه؛ وجَبَ التكميلُ، ولهذا يكْملُ الِاسْتِيلَادُ][٣] في القِنَّةِ بلَا خلافٍ، وقدْ أمْكَنَ هنا بنقضِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّها تَحْتَمِلُ النقضَ، والِاسْتِيلَادُ لَا يَحْتَمِلُه، أَلَا ترى أنَّ مَن كاتَبَ أُمَّ ولدِه ثُمَّ ماتَ؛ تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ.

وكذلكَ إذا عَتَقَ المُكَاتَبُ بغيرِ جهةِ الكِتَابَةِ؛ تَنْتَقِضُ الكِتَابَةُ، وإذا انفسخَتِ الكِتَابَةُ صارَتْ قِنَّةً، والِاسْتِيلَادُ في القِنَّةِ لَا يتَجَزَّأُ، وليسَ كذلكَ إذا استولدَ رَجُلٌ مُكَاتَبَةَ نفسِه، حيثُ لَا تَنْتَقِضُ [٦/٣٩٠و/م] الكِتَابَةُ؛ لأنَّ نَقْضَ الكِتَابَةِ في المُكَاتَبَةِ المشتركةِ للحاجةِ إلى تكميلِ الِاسْتِيلَادِ، ولا حاجةَ إلى التكميلِ في مُكَاتَبَةِ نفسِه؛ لأنَّ الِاسْتِيلَادَ كاملٌ.

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٦].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٤].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَيَضْمَنُ لِشَرِيْكِهِ نِصْفَ قِيْمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الاسْتِيْلَادَ. وَنِصْفَ عُقْرِهَا؛ لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً وَيَضْمَنُ شَرِيْكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لَا وَجْهَ لتكميلِ الِاسْتِيلَادِ؛ لأنَّ المستولدَ لَا يتملَّكُ نصيبَ صاحبِه؛ لأنَّ المُكَاتَبَ[1] لَا يَقْبَلُ النقلَ مِنْ مِلْكٍ إلىٰ مِلْك سائر الأسبابِ، فكذا لَا يقْبَلُه بالِاسْتِيلَادِ.

وتحقيقُه: أنَّ الِاسْتِيلَادَ يَجِبُ القولُ بتجزُّئِه إذا عارَضَه حقٌّ لازمٌ، ولهذا إذا [٢/٥٥٣ظ] استولدَ أحدُ الشريكَيْنِ مُدَبَّرةً مشتركةً بينهما، فإنه يتجزَّأُ، فيَنْبَغِي أنْ يتجزَّأَ اسْتِيلَادُ المُكَاتَبَةِ المشتركةِ أيضًا؛ لأنَّ الكِتَابَةَ حقٌّ لازمٌ كَالتَّدْبِيرِ، ولهذا لَا يَصِحُّ إذا استولدَ مُكَاتَبَةَ ابنِه، كما لَا يَصِحُّ إذا استولَدَ مُدَبَّرتَه.

وأجابَ فخرُ الإسلامِ عن قولِهما: «إنَّه تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ»، وقالَ: «لا سبيلَ إلىٰ أنْ تَنْفَسِخَ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ عندَهم لَا تتجزَّأُ في الفَسْخِ، كما لَا تتجزَّأُ في العقدِ، فلوِ انفسخَتْ لبطلَتْ أصلًا، فلوْ قالَا: تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ فيما يَنْفَعُ المُكَاتَبَ.

كما إذا كاتَبَ أُمَّ ولدِه، ثُمَّ ماتَ، فجوابُه أنَّ الفَسْخَ هنا لم يتمَحَّضْ مَنْفَعَةً؛ إذِ المُكَاتَبُ ربَّما يرضَىٰ بحريةٍ عاجلةٍ ببدلٍ، ولا يرضَىٰ بحريةٍ آجلةٍ بلَا بدلٍ، فإذا لم تتمحَّضْ منْفَعَةً لَا تَنْفَسِخُ.

ثم اختلفَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ، فقالَ أبو يوسفَ: يَضْمَنُ قِيمَةَ نصيبِ شريكِه بالغةً ما بلغَتْ. يَعْنِي: نصفَ قيمتِه مُكاتبًا.

وقالَ محمدٌ ﷺ: يَضْمَنُ الأقلَّ مِنْ نصفِ القِيمَةِ، ومِن نصفِ ما بَقِيَ مِن بدلِ الكِتَابَةِ، وكذلكَ هذا الاختلافُ في مُكَاتَبٍ بين اثنينِ أعتَقَه أحدُهما.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ ﷺ: أنَّ المدَّعِيَ تملَّكَ نصيبَ صاحبِه، حتىٰ صارَ كلُّه

(١) وقع بالأصل: «المُكَاتَب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقِيمَةَ الوَلَدِ وَيَكُونُ ابْنَهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَغْرُورِ ، لِأَنَّهُ حِينَ وَطِئَهَا كَانَ مُلْكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا . وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ لَكِنَّهُ وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الْغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلْزَمُهُ كَمَالُ الْعُقْرِ .

غاية البيان

مُكاتبًا له ، فيَضْمَنُ قِيمَةَ ما ملَكَه مُوسِرًا كانَ أوْ مُعْسِرًا ، وفي مسألةِ العَتاقِ : أتلفه ، فيَضْمَنُ ما أتلفَه وإنْ كانَ مُوسِرًا .

وَوجْهُ قولِ محمدٍ ﷺ : أنَّ مِلْكَ المولىٰ المُكَاتَبَ في أحدِ شَيْئَيْنِ : إمَّا الرَّقَبَةِ علىٰ تقديرِ العجزِ ، وإمَّا بدلِ الكِتَابَةِ علىٰ تقديرِ الأداءِ ، فيَضْمَنُ الأقلَّ .

ثُمَّ عندَهما : لَمَّا صارَ كلُّها أُمَّ ولدٍ للأولِ قبلَ العجزِ ، تَبْقَىٰ مُكاتَبَةً ، ولكن اختلفَ المشايخُ ﷺ ، **قالَ بعضُهم** : بنصفِ بدلِ الكِتَابَةِ . **وقالَ بعضُهم** : بجميعِ بدلِ[1] الكِتَابَةِ[2] .

والأولُ : قولُ الشيخِ الإمامِ أبي منصورٍ المَاتُرِيدِيِّ ﷺ ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لَمَّا انفسخَتْ في نصيبِ الثاني ؛ سَقَطَ نصفُ بدلِ الكِتَابَةِ ، وحصلتِ البَرَاءَةُ عنْ نصفِ البدلِ ، فبَقِيَتْ مُكَاتَبَةً بالنصفِ ، فصارَ عِتْقُها معلَّقًا بأداءِ النصفِ .

والثاني : قولُ عامَّةِ المشايخِ ﷺ ؛ لأنَّ انفساخَ الكِتَابَةِ أمْرٌ ضروريٌّ ثبَتَ في حقِّ التمَلُّكِ ضرورةَ تكاملِ الاِسْتِيلَادِ ، فلَا يَظْهَرُ فيما عدا ذلكَ ، أعني : في حقِّ سقوطِ نصفِ بدلِ الكِتَابَةِ [٦/٣٩٠ظ/م] ، فبَقِيَ العقدُ الأولُ كما كانَ .

ولهذا جعلَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﷺ ذلكَ بمنزلةِ تملُّكِ المُكَاتَبَةِ[3] ، أَلَا ترىٰ أنّ أبا يوسفَ ﷺ قالَ : يَضْمَنُ نصفَ قيمتِها مُكَاتَبَةً .

---

(١) وقع بالأصل: «بجميع مال» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٧٦] ، مخطوط مكتبة جار الله تحت رقم [٦٦٢] .
(٣) وقع بالأصل: «بمنزلة المُكَاتب» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«ح» ، و«غ» ، و«س» .

....

وقالَ محمدٌ رحمه الله: يَضْمَنُ الأقلَّ مِنْ نصفِ القِيمَةِ، ومِنْ نصفِ بدلِ الكِتَابَةِ، فاتفقَا على قيامِ الكِتَابَةِ في ذلكَ النصفِ.

وإذا ثبَتَ أنَّ اسْتِيلَادَ المُكَاتَبَةِ المشتركةِ يتَجَزَّأُ عندَ أبي حَنِيفَةَ؛ بَقِيَ نصيبُ الساكتِ على مِلْكِه عندَه، فصحَّ اسْتِيلَادُه ودِعْوتُه في مِلْكِه، فثَبَتَ نسبُ الولدِ منه؛ لأنَّه صادَفَ مِلْكَه مِنْ حيثُ الظاهرُ.

ثُمَّ إذا عجزَتْ صارَ كلُّها أُمَّ ولدٍ للأولِ؛ لأنَّه زالَ المانعُ عنْ كمالِ الِاسْتِيلَادِ، فتَمَّ للأولِ، وظهرَ أنَّ الثانيَ استولدَ في مِلْكِه مِنْ حيثُ الظاهرُ؛ لأنَّ نصيبَه كانَ وَقْتَ الِاسْتِيلَادِ على مِلْكِه، وفي الحقيقةِ وقَعَ اسْتِيلَادُه في مِلْكِ الأولِ.

فالقياسُ في هذا: ألَّا تَصِحَّ دِعْوةُ الثاني؛ لأنَّه ادَّعَى ولدَ أُمِّ ولدِ الغيرِ.

ويَصِحُّ استحسانًا؛ لأنَّه أقدَمَ على الوطءِ بناءً على ظاهرِ المِلْكِ، فصارَ مَغْرورًا، وأخذَ الولدَ حُرًّا بِالقِيمَةِ، كما في أَمَةٍ بين رَجُلَيْنِ، جاءتْ بولدَيْنِ في بطْنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فادَّعَى أحدُهما الأكبرَ، والآخرُ الأصغرَ، وخرجَ الكلامانِ معًا؛ فهي أُمُّ ولَدٍ للأولِ، وتَبْطُلُ دِعْوةُ الثاني قياسًا، ويَصِحُّ استحسانًا، ويَصِيرُ الولدُ حُرًّا بِالقِيمَةِ، فكذلكَ هنا.

وعلى الأولِ نصفُ قيمتِها للثاني؛ لأنَّه تمَلَّكَ نصيبَه منها حينَ عجزَتْ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وعليه نصفُ العُقْرِ؛ لأنَّه وَطِئَ مُكَاتَبَةً مشتركةً [٢/٥٥٤و] بينَه وبينَ صاحبِه، فوَجَبَ العُقْرُ كلُّه عليه، فصارَ ذلكَ كَسْبًا لها، ثُمَّ لَمَّا عجزَتْ كانَ ذلكَ الكسبُ بينهما، فسَقَطَ عنه نصيبُه، وبَقِيَ نصيبُ صاحبِه، فلذلكَ وجَبَ نصفُ العُقْرِ، فإنْ كانَ أدَّى العُقْرَ إليها قبْل العجزِ صحَّ؛ لأنَّه كَسْبُها.

وأمَّا الشَّرِيكُ الساكتُ: فقدْ أقَرَّ بوَطْءِ أَمَةٍ كلُّها مِلْكُ الأولِ على اعتبارِ العجزِ،

وأيُّهُمَا دَفَعَ الْعُقْرَ إِلَى الْمُكَاتِبَةِ جَازَ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ القبضِ لَهَا؛ لِاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَإِبْدَالِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ الْعُقْرُ إِلَى الْمَوْلَى لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا **كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الآخَرِ**؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَى الْأَوَّلُ الْوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ؛ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الْوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالْإِجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِفَسْخِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلْفَسْخِ **فَيَنْفَسِخُ فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتَبُ وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ**، ....

غاية البيان

فيَغْرَمُ عُقْرًا كاملًا، وعلى اعتبارِ الكِتَابَةِ: يَغْرَمُ عُقْرًا كاملًا أيضًا؛ لأنَّها[1] مُكَاتَبَةٌ بينهما، ووَطْءُ الرَّجُلِ مُكاتبته يُوجِبُ العُقْرَ كوَطْءِ مُكَاتَبَةِ الغيرِ، وإنْ أدَّى العُقْرَ إليها صحَّ؛ لأنَّه كَسْبُها، وإنْ لَمْ يُؤَدِّ إليها أدَّى إلى شريكِه؛ لأنَّ العُقْرَ صارَ كلُّه حقًّا لهُ بالعجزِ.

وعندَهما: لَمَّا تكامَلَ الاِسْتِيلَادُ للأولِ؛ لم تَصِحَّ دِعْوةُ الثاني، ولم يَغْرَمْ قِيمَةَ الولدِ، وضَمِنَ عُقْرًا كاملًا للأولِ؛ لأنَّه أقرَّ بوَطْءِ أُمِّ ولدِ الغيرِ، ولكنْ سَقَطَ الحَدُّ لمكانِ الشُّبْهَةِ، ويَضْمَنُ الأولُ نصفَ قيمتِها، ونصفَ عُقْرِها؛ لأنَّه استولَدَ جاريةً مشتركةً بينَه وبينَ غيرِه.

قولُه: (وَأَيُّهُمَا دَفَعَ الْعُقْرَ)، أي: قَبْلَ العجزِ.

قولُه: (فَيَنْفَسِخُ فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتَبُ)، أي: في أُمُومِيَّةِ الولدِ؛ لأنَّ لها [٦/٣٩١ظ/م] فيها نفعًا، حيثُ لَا تَبْقَى محلًّا للابتذالِ، كَالبَيْعِ والهِبَةِ.

قولُه: (وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ)، أي: في غيرِ ما لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكَاتَبُ، يعْنِي: أنَّ الكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ ضرورةَ تكاملِ الاِسْتِيلَادِ؛ لأنَّ لها فيه نفْعًا، والثابتُ

---

(١) وقع بالأصل: «لأنه»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الفَسْخ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِبْطَالَ الْكِتَابَةِ إِذْ الْمُشْتَرِي لَا يَرْضَىٰ بِبَقَائِهِ مُكَاتِبًا. وَإِذَا صَارَ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَالثَّانِي وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الْغَيْرِ.

قَالَ: **فَلَا يَثْبُتُ نَسَبَ الوَلَدِ مِنْهُ وَلَا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالقِيْمَةِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ.**

وَيَلْزَمُهُ جَمِيعَ العُقْرِ؛ لِأَن الوَطْءَ لَا يَعْرَىٰ عَنْ إِحْدَى الغَرَامَتَيْنِ، .....

غاية البيان

بالضرورةِ يتَقَدَّرُ بقَدْرِ الضرورةِ، ولا يَظْهَرُ أثرُ الانفساخِ في غيرِ موضعِ الضرورةِ، حتىٰ تَبْقَىٰ مُكَاتَبَةً في غيرِه كما كانَتْ، حتىٰ لَا يسْقُطَ نصفُ بدلِ الكِتَابَةِ، بلْ تَبْقَىٰ مُكَاتَبَةً بجميعِ بدلِ الكِتَابَةِ، وحتىٰ لَا يَجِبَ على المسْتَوْلِدِ الأولِ قِيمَةُ النصفِ قِنًّا، بلْ يَجِبُ قِيمَةُ النصفِ مكاتبًا، وحتىٰ لَا يتعدَّىٰ انفساخُ الكِتَابَةِ إلىٰ نصيبِ المسْتَوْلِدِ، وحتىٰ لَا يَجِبَ الحَدُّ على الثاني؛ لأنَّه جُعِلَ واطِئًا مُكاتَبته، فافهمْ.

قولُه: (بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ)، يَعْنِي: أنَّ اسْتِيلَادَ المُدَبَّرةِ يتجَزَّأُ، واسْتِيلَادُ المُكَاتَبَةِ لَا يتجَزَّأُ، والمعنىٰ في ذلكَ: أنَّ الكِتَابَةَ تَقبلُ الفَسْخَ، وكَمُلَ الِاسْتِيلَادُ بالفسخِ، بخلافِ التَّدْبِيرِ، فإنَّه لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ.

قولُه: (وَبِخِلَافِ بَيْعِ الْمُكَاتَبِ)، يَعْنِي: إذا باعَ المُكَاتَبُ بلَا رضاه؛ لَا تَنْفَسِخُ الكتابُ ضرورةَ صحةِ البَيْعِ، كما تَنْفَسِخُ ضرورةَ صحةِ الِاسْتِيلَادِ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ إنَّما تَنفسِخُ بما لَا يَتضرَّرُ بهِ المُكَاتَبُ، فلوْ فُسِخَتْ لضرورةِ البَيْعِ؛ يَتضرَّرُ المُكَاتَبُ، فلَا يَجُوزُ الفَسْخُ، ومع بقاءِ الكِتَابَةِ لَا يرضَىٰ المُشْتَرِي، فلَا يَجُوزُ البَيْعُ بلَا تراضٍ.

قولُه: (لِلشُّبْهَةِ)، وهي شُبْهَةُ كونِها مُكَاتَبَةً بينهما.

وإذا بقيت الْكتابةُ وَصَارَتْ كُلُّها مُكاتَبةً لهُ، قيل: يجبُ عليْها نصْفُ بدل الكتابة؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ اِنْفَسَخَتْ فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُكاتَبةُ وَلَا تتضرَّرُ بِسُقوطِ نصفِ الْبَدَلِ. وَقِيلَ: يَجِبُ كلُّ الْبدلِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسِخ إِلَّا فِي حقِّ التَّمَلُّكِ ضرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوطِ نِصْفِ الْبَدَلِ وفي إبْقائِهِ في حقِّه نظرٌ للمولى وَإِنْ كَانَ لَا يَتَضَرَّرُ الْمَكَاتَبُ بِسُقُوطِهِ، وَالْمُكَاتَبَةُ هِيَ الَّتِي تُعْطَى الْعُقْرَ لِاخْتِصَاصِهَا بِإِبْدَالِ مَنَافِعِهَا. وَلَوْ عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ يُرَدُّ إِلَى الْمَوْلَى لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: وَيَضْمَنُ [١٣٢/و] الْأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسَفَ رحمه الله نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ فَيَضْمَنُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ

غاية البيان

قولُه: (وَإِذَا بَقِيَتِ الْكِتَابَةُ)، أي: فيما تَتَضرَّرُ المُكَاتَبَةُ بالفسخِ، (وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ)، أي: للأولِ.

قولُه: (قِيلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الْكِتَابَةِ)، وهوَ قولُ الشيخِ أبي منصورٍ المَاتُرِيدِيِّ، وقدْ بيَّنَّاهُ.

قولُه: (وَقِيلَ: يَجِبُ كلُّ الْبَدَلِ)، وهوَ قولُ عامَّةِ المشايخِ رحمهم الله.

قولُه: (ضَرُورَةً)، أي: ضرورةَ تكاملِ الِاسْتِيلَادِ.

قولُه: (وَفِي إِبْقَائِهِ فِي حقِّهِ نَظَرٌ لِلْمَوْلَى)، أي: في إبقاءِ عَقْدِ الكِتَابَةِ في حقِّ نصفِ بدلِ الكِتَابَةِ نَظَرٌ للمُسْتولدِ الأولِ.

قولُه: (تُعْطَى الْعُقْرَ)، على صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ.

قولُه: (عَلَى مَا بَيَّنَّا)، أي: في تعليلِ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

قولُه: (قَالَ: وَيَضْمَنُ الْأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسَفَ رضي الله عنه نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً)، أي: قالَ في ....

مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّكِ. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ ﷺ: يَضْمَنُ الْأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرَّقَبَةِ عَلَىٰ اِعْتِبَارِ الْعَجْزِ، وَفِي نِصْفِ الْبَدَلِ عَلَىٰ اِعْتِبَارِ الْأَدَاءِ فَلِلتَّرَدُّدِ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقَلُّهُمَا.

قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الثَّانِي وَلَمْ يَطَأْهَا، وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ؛ بَطَلَ

غاية البيان

«الجامع الصغيرِ»[1]، وقدْ مَرَّ بيانُ لفظِ «الجامعِ الصغيرِ»، ودليلِ أبي يوسفَ ومحمدٍ ﷺ جميعًا.

قالَ الفقيهُ أبو الليثِ ﷺ في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ»: «اختلفَ أبو يوسفَ ومحمدٌ في وجوبِ الضَّمَانِ عليه ـ أي: على الأولِ ـ، قالَ أبو يوسفَ ﷺ: عليه نصفُ [٢/٥٥٤ظ] قيمتِها [٦/٣٩١ظ/م]، وكذلكَ أجابَ محمدٌ ﷺ في كتابِ الدعوىٰ وفي كتابِ «الزياداتِ». وقالَ في هذا الكتابِ ـ أي: في «الجامعِ الصغيرِ»[2] ـ: عليه الأقلُّ مِن نصفِ قيمتِها، ومِن نصفِ الكِتَابَةِ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ ﷺ.

وإنَّما قالَ: (فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يوسُفَ[3])؛ لأنَّه استهلكَ الرَّقَبَةَ علىٰ شريكِه[4]، أَلَا ترىٰ أنَّ الوَلَاءَ صارَ كلُّه له، فَيَجِبُ أن يَغْرَمَ نصفَ قِيمَةِ الرَّقَبَةِ قياسًا علىٰ ما لوْ قتلَها رَجُلٌ خطأً؛ يَغْرَمُ قيمتَها، ولا يَغْرَمُ شيئًا مِنْ بدلِ الكِتَابَةِ.

وعلىٰ قياسِ قولِ محمدٍ ﷺ: يَضْمَنُ الأقلَّ؛ لأنَّه يقينٌ، وفي الأكثرِ شكٌّ، كما لوْ أعتقَ المريضُ مُكَاتَبه، ثُمَّ ماتَ وعليه دَيْنٌ؛ يسعَىٰ المُكَاتَبُ في الأقلِّ مِنْ قيمتِه، ومِن مُكَاتَبتِه، فكذلكَ هنا.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَاتَبَ الثَّانِي وَلَمْ يَطَأْهَا، وَلَكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ؛ بَطَلَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٥].
(٢) ينظر: المصدر السابق.
(٣) وقع بالأصل: «قَوْلِ أَبِي حنيفة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) وقع بالأصل: «علىٰ الشركة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

التَدْبِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفْ الْمِلْكَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَوْلِدَ تَمَلَّكَهَا قَبْلَ الْعَجْزِ. وَأَمَّا عِنْد أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه فَلِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مُصَادِفٌ مِلْكَ غَيْرِهِ وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ الْمِلْكِ، بِخِلَافِ النَّسَبِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الْغُرُورُ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: وَهِيَ أُمُّ وَلَدِ لِلْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكَهُ وَكَمُلَ الاسْتِيلَادُ

التَدْبِيرُ)، أي: قالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»[1]. وترتيبُ لفْظِه مرَّ قبْلَ هذا.

يَعْنِي: أنَّ الذي ذكَرْنا فيما إذا استولدَ أحدُ الشريكَيْنِ جاريةً كاتَباها، ثُمَّ استولدَها الثاني، أمَّا إذا استولَدَها الأول، ودبَّرها الثاني فعجزَتْ؛ فالتَّدْبِيرُ باطلٌ بالاتفاقِ، وهذا ظاهرٌ لَا يُشْكِلُ علىٰ قولِهما؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ الثاني لم يُصادِفْ مِلْكَ نفسِه؛ لأنَّ الأولَ لَمَّا استولَدَها صارَ كلُّها أُمَّ ولدٍ له، ومُكَاتَبَةً له.

وأمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فلأنَّ الجاريةَ لَمَّا عجزَتْ ظهَرَ أنَّ كلَّها أُمُّ ولدِ الأولِ، وللثاني قبْلَ عَجْزِها فيها ظاهرُ المِلْكِ لَا حقيقتُه، وظاهرُ المِلْكِ كافٍ لثباتِ النَّسَبِ واستحقاقِ الولدِ بالمغرورِ، وليسَ بكافٍ للتَّدْبِير؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَثْبُتُ بالشبهاتِ.

أَلَا ترىٰ أنَّ مَنِ اشترىٰ جاريةً فدبَّرها ثُمَّ استُحِقَّتْ؛ بَطَلَ التَّدْبِيرُ، ولوِ استولَدَها ثُمَّ استُحِقَّتْ؛ لم يَبْطُلِ النَّسَبُ، وكانَ الولدُ حُرًّا بِالقِيمَةِ، فافترقَ اسْتِيلَادُ الثاني ـ حيثُ صحَّ ـ وتدبيرُه، حيثُ لم يَصِحَّ، وهذا معنىٰ قولِه: (**وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ الْمِلْكَ، بخلافِ النَّسَبِ؛ لأنَّه يَعْتَمِدُ الْغُرُورَ**).

قولُه: (**عَلَىٰ مَا مَرَّ**)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**وَيَكُونُ ابْنَهُ؛ لأنَّه بِمَنْزِلَةِ الْمَغْرُورِ؛ لأنَّه حِينَ وَطِئَهَا كانَ مِلْكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا**).

قولُه: (**قَالَ: وَهِيَ أُمُّ وَلَدِ لِلْأَوَّلِ**)، **أي**: الجاريةُ التي يُدَبِّرُها الثاني ـ بعدَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٥].

عَلَىٰ مَا بَيَّنَا.

وَيَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ عُقْرِهَا؛ لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً وَنِصْفَ قِيمَتِهَا؛ لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصْفَهَا بِالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ تَمَلُّكٌ بِالْقِيمَةِ.

قَالَ: وَالْوَلَدُ وَلَدُ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ الْمُصَحِّحِ، وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَا.

قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَاهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وهوَ مُوسِرٌ، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ يَضْمَنُ الْمُعْتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَا:

غاية البيان

اسْتِيلَادِ الأولِ ثُمَّ عجزَتْ ـ أُمُّ ولدٍ للأولِ، ويَضْمَنُ الثاني نصفَ عُقْرِها، ونصفَ قيمتِها، وقدْ استَوْفَيْنا[1] البيانَ قبلَ هذا.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَا)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكرَ في تعليلِ [٦/٣٩٢و/م] قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه بقولِه: (وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ؛ لأنَّه زَالَ الْمَانِعُ مِنَ الانْتِقَالِ).

قولُه: (وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَا)، أي: مِن طرفِ أبي حَنِيفَةَ، [وطرَفِ][2] أبي يوسفَ ومحمدٍ رضي الله عنهما في بيانِ الدليلِ فيما إذا استولَدَ الثاني، وقدْ ذَكَرْنا ما ذكرَ مِنْ طَرَفِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

أَمَّا ما ذكرَ مِن طَرَفِهما: فهوَ قولُه: (لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَىٰ الْأَوَّلُ الْوَلَدَ؛ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ)، إلىٰ آخرِ ما ذكرَ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَاتَبَاهَا، ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وهوَ مُوسِرٌ، ثُمَّ عَجَزَتْ؛ يَضْمَنُ الْمُعْتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه. وَقَالَا:

(١) وقع بالأصل: «استوفى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

لا يرْجِعُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَصِيرُ كَأَنَّهَا لَمْ تَزَلْ قِنَّة،

لا يرْجِعُ عَلَيْهَا)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ»[1].

وأصْلُه: أنَّ المُكَاتَبَةَ بينَ اثنيْنِ إذا أعتقَها أحدُهما لم يَضْمَنْ شيئًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁؛ لأنَّه لَا يُؤَثِّرُ في نصيبِ صاحبِه؛ لأنَّها مُكَاتَبَةٌ في نصيبِ صاحبِه كما كانت؛ لأنَّ الْإِعْتَاقَ عندَه يتجَزَّأُ، فَلَمْ يُتْلِفْ مِن نصيبِ صاحبِه شيئًا، وهذا لأنَّ أثرَ إعْتَاقِ النصفِ أن يَصِيرَ النصفُ الآخرُ بمنزلةِ المُكَاتَبِ؛ لأنَّ المُسْتَسْعَىٰ بمنزلةِ المُكَاتَبِ.

وهاهنا ذلكَ النصفُ مُكَاتَبٌ قبلَ الْإِعْتَاقِ، فَلَمْ يَظْهَرْ أثرُ الْإِعْتَاقِ فيه، فَلَمْ يَجِبْ علىٰ المُعْتقِ ضَمَانٌ في الحالِ والمُكَاتَبَةُ بالخيارِ: إنْ شاءَتْ أدَّتِ الكِتَابَةَ، وإنْ شاءَتْ [٢/٥٥٥و] عجزَتْ، فإذا أدَّتْ عتقَتْ، ولا ضَمَانَ علىٰ أحدٍ.

فإذا عجزَتْ ظهَرَ أثرُ الْإِعْتَاقِ الآنَ، وصارَ تعدِّيًا، فغَرِمَ لصاحبِه نصفَ قيمتِها، ويَرْجِعُ بما ضَمِنَ عليها كما هوَ المذهبُ عندَه، وهذا كشاهدَيْنِ شَهِدا بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، فقضىٰ بهِ القاضي ثُمَّ رجَعا؛ لأنَّه لَا ضَمَانَ عليهما، فإذا حلَّ الأجَلُ، وأخَذَ صاحبُ الدَّيْنِ ظهَرَ التعدِّي، ووجَبَ الضَّمَانُ والرجوعُ.

وعلىٰ قولِهما: يَغْرَمُ في الحالِ؛ لأنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يتَجَزَّأُ، فإذا عجزَتْ عندَهما؛ يَضْمَنُ نصفَ القِيمَةِ بالاتفاقِ، كعبْدٍ بينَ شَرِيكَيْنِ أعتقَ أحدُهما نصيبَه؛ فللشريكِ خياراتٌ ثلاثٌ: إنْ كانَ المُعْتقُ مُوسِرًا إنْ شاءَ ضمَّنَه قِيمَةَ نصيبِه، ويَرْجِعُ بما ضَمِنَ علىٰ العبدِ، ويكونُ الوَلَاءُ كلُّه للمُعْتقِ، وإنْ شاءَ أعتقَ حِصَّتَه، وإنْ شاءَ استسعاه، والوَلَاءُ بينهما.

وإن كانَ المُعْتقُ مُعْسِرًا[2]؛ فللشريكِ خيارانِ: إنْ شاءَ أعتقَ، وإن شاءَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٥].
(٢) وقع بالأصل: «مُوسِرًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَالْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ وَفِي الْخِيَارَاتِ وَغَيْرِهَا كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْعَتَاقِ، فَأَمَّا قَبْلَ الْعَجْزِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُعْتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَمَّا كَانَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ كَانَ أَثَرُهُ أَنْ يَجْعَلَ نَصِيبَ غَيْرِ الْمُعْتَقِ كَالْمُكَاتَبِ فَلَا يَتَغَيَّرُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ قَبْلَ ذَلِكَ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ يُعْتَقُ الْكُلُّ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا إِنَّ كَانَ مُوسِرًا، وَيَسْتَسْعِي الْعَبْدَ إِنَّ كَانَ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ

غاية البيان

[٦/٣٩٢ظ/م] استسعى والوَلَاءُ بينهما، وعندَهما: إنْ كانَ مُوسِرًا يُضَمِّنُه لَا غيرَ، ولا يَرْجِعُ بما ضَمِنَ على الغلامِ، والوَلَاءُ كلُّه للمُعْتقِ. وإنْ كانَ مُعْسِرًا سعى الغلامُ فيه لَا غيرَ، ولا خيارَ للشريكِ فيه، والوَلَاءُ كلُّه للمُعْتقِ، وهوَ قولُ ابنِ أبي لَيْلَى ﷺ إلَّا في حرفٍ واحدٍ، قالَ: يَرْجِعُ الغلامُ بما سعَى فيه على الذي أعتقَه، وقدْ عُرِفَ ذلكَ في عَتَاقِ «الكافي».

قولُه: (وَالْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الْخِلَافِ)، أي: الجوابُ في القِنِّ المشتركِ إذا أعتقَه أحدُ الشريكَيْنِ على الخلافِ في الرجوعِ؛ يَرْجِعُ بما ضَمِنَ المُعْتقُ إنْ كانَ مُوسِرًا على الغلامِ، وعندَهما: لَا يَرْجِعُ.

وكذا للشريكِ خياراتٌ ثلاثٌ: إنْ كانَ المُعْتقُ مُوسِرًا، وخيارٌ إنْ كانَ مُعْسِرًا، وعندَهما: ليسَ لهُ إلَّا الضَّمَانُ معَ اليسارِ، والسِّعَايَةُ معَ الإعسارِ.

وكذا الخلافُ في الوَلَاءِ أيضًا، فعندَهما: الوَلَاءُ كلُّه للمُعْتقِ في الحالَيْنِ، وعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: الوَلَاءُ بينهما إنْ أعتقَ الشَّرِيكُ أو استسعاه، فأمَّا إذا ضَمَّنَه الشَّرِيكُ؛ فالوَلَاءُ كلُّه للمُعْتقِ.

قولُه: (وَغَيْرِهَا)، أرادَ به: الوَلَاءَ، ففيه خلافٌ ذكَرْناه آنفًا.

قولُه: (وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الْعَتَاقِ)، أي: في بابِ العبدِ يَعْتِقُ بعضُه.

بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ.

قَالَ: وَإِذَا كانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ [١٣٢/ظ]

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْآخَرُ..). إلى آخرِه، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵃: في العبدِ يَكُونُ بينَ رَجُلَيْنِ، فيُدبِّرُه أحدُهما، ثُمَّ يُعْتقُه الآخرُ وهوَ مُوسِرٌ، قالَ: إنْ شاءَ الذي دَبَّرَهُ ضمَّنَ المُعْتَقَ نصفَ قيمتِه، وإنْ شاءَ استسعى العبدَ، وإنْ شاءَ أعتقَ. وإنْ أعتقَ أحدُهما ثُمَّ دبَّرَ الآخرُ بعدَ ذلكَ؛ لَمْ يَكُنْ لهُ أنْ يُضمِّنَ المُعْتَقَ، ولكنَّه يستسعَى العبدَ في نصفِ قيمتِه، وإنْ شاءَ أعتقَ.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ ﵄: إذا دَبَّرَ أحدُهما؛ فهوَ مُدَبَّرٌ له، وعِتْقُ الآخرِ بعدَ ذلكَ باطلٌ، ويُضَمِّنُ الذي دَبَّرَهُ نصفَ قيمتِه مُوسِرًا كانَ أو مُعْسِرًا، فإنْ أعتقَه أحدُهما قبلُ؛ فهوَ حُرٌّ كلُّه مِن قِبَله، وتدبيرُ الآخرِ بعْدَه باطلٌ، وإنْ كانَ الذي أعتقَه مُوسِرًا ضمنَ نصفَ قيمتِه، وإنْ كانَ مُعْسِرًا سعَى الغلامُ في نصفِ قيمتِه»(١). إلى هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﵀ في «مختصرِ الكافي»: «عبدٌ بينَ اثنينِ دَبَّرَهُ أحدُهما، فإنَّ الآخرَ بالخيارِ: إن شاءَ دَبَّرَهُ، وإنْ شاءَ أعتقَ، وإن شاءَ استسعَى، وإنْ شاءَ ضَمَّن صاحبَه إنْ كانَ مُوسِرًا، وإنْ شاءَ تركَه على حالِه، فإنْ أعتقَه البتةَ وهو مُوسِرٌ؛ ضَمِنَ لصاحبِه نصفَ القِيمَةِ إنْ شاءَ ذلكَ صاحبُه، وهوَ نصفُ قيمتِه مُدبَّرًا، ويَرْجِعُ بهِ على الغلامِ، وإنْ شاءَ استسعَى الغلامَ [٦/٣٩٣و/م] فيه، وإنْ شاءَ أعتقَ [٢/٥٥٥ط] والوَلاءُ في جميعِ ذلكَ [لهما](٢).

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «بينهما».

وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمِنَ الْمُعْتَقُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الْآخَرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الْمُعْتَقَ وَيَسْتَسْعِي أَوْ يَعْتِقُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله.

غاية البيان

وإنْ لَمْ يُعتِقْه الثاني، ولكنَّه ضَمَّنَ المُدَبِّرُ نصفَ قِيمَةِ الغلامِ، صارَ الغلامُ كلُّه لِلمُدَبِّرِ، نصفُه مُدبَّرٌ، ونصفُه رقيقٌ، وإنْ لمْ يُضَمِّنْه، ولكنَّه استسعَى فأدَّى إليه السِّعَايَةَ؛ كانَ المُدَبِّرُ بالخيارِ: إنْ شاءَ أعتقَ، وإنْ شاءَ استسعَى في نصيبِه مُدبَّرًا، وليسَ لهُ أنْ يُضَمِّنَ شريكَه، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وقالَ أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله: إذا دبَّرَه أحدُهما؛ كانَ مُدبَّرًا كلُّه [له][1]، ويضمنُ نصفَ قيمتِه لشريكِه مُوسِرًا كانَ أو مُعْسِرًا.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَى رحمه الله: إذا دبَّرَه أحدُهما ثُمَّ أعتقَه الآخرُ البتةَ؛ فالتَّدْبِيرُ باطِلٌ، والعتقُ جائزٌ، والمُعْتَقُ ضامنٌ لنصيبِ شريكِه إنْ كانَ مُوسِرًا»[2]. إلى هنا لفظُ «الكافي».

وأصلُ المسألةِ: أنَّ التَّدْبِيرَ يتَجَزَّأُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، فيَقْتَصِرُ على نصيبِه خلافًا لهما، فيقَعُ إعتاقُ الثاني [في][3] نصيبِه بعدَ ذلكَ صحيحًا، فصارَ تعدِّيًا على نصيبِ المُدبِّرِ؛ لأنَّ المُدبِّرَ كانَ يَسْتَخْدِمُه، فبَعْدَ إعتاقِ الثاني ليسَ لهُ الاستخدامُ[4].

ثم المُدبِّرُ لهُ الخيارُ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ المُعْتَقَ نصفَ قيمتِه مُدبَّرًا، وإنْ شاءَ استسعَى الغلامَ، وإنْ شاءَ أعتقَ نصيبَه، فإذا أعتقَ لَمْ يَبْقَ لهُ تضْمِينُ الشَّرِيكِ واستسعاء[5] الغلامِ، فإذا أعتقَ أحدُهما أوَّلًا ثُمَّ دبَّرَه الآخرُ؛ ليسَ لِلمُدبِّرِ أن يُضَمِّن

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٧].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٤) ينظر: «المبسوط» [١٠٧/٧]، «بدائع الصنائع» [١٢٧/٤]، «تبيين الحقائق» [٨٠/٣].
(٥) وقع بالأصل: «واستسعى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يُقْتَصَرُ عَلَى نَصِيبِهِ لَكِنْ يُفْسِدُ بِهِ نَصِيبَ الْآخَرِ فَيُثْبِت خِيرَةَ الْإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ

غاية البيان

المُعْتَقَ؛ لأنَّه حينَ أعتقَ الأولُ كانَ لهُ الخيارُ؛ لأنَّ الإِعْتَاقَ عندَه يتجزَّأُ، إنْ شاءَ أعتقَ نصيبَه، وإن شاءَ استسعَى الغلامَ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُعْتَقَ.

فَلَمَّا دَبَّرَ الثاني بعدَ إعتاقِ الأولِ؛ بَطَلَ حقُّ التضمينِ؛ لأنَّ التضمينَ لَا يَصِحُّ إلَّا بشَرْطِ التمليكِ، [ونصيبُ المُدَبَّرِ لَا يَحْتَمِلُ التمليكَ][1]؛ لأنَّ المُدَبَّرَ لَا يَصِحُّ نقْلُه مِنْ مِلْكٍ إلىٰ مِلْكٍ، فكانَ المُدَبَّرُ مُبْرَءًا بِالتَّدْبِيرِ عنِ الضَّمَانِ.

بخلافِ ما إذا كانَ التَّدْبِيرُ سابقًا، حيثُ يَكُونُ لهُ تضمينُ المُعْتقِ؛ لأنَّه أفسدَ نصيبَه بالإعتاقِ، وإنَّما كانَ كذلكَ؛ لأنَّه بِالتَّدْبِيرِ لَمْ يَبْقَ قابلًا للنقلِ والتمليكِ، فوَجَبَ الضَّمَانُ علىٰ المُعْتقِ، كذلكَ لَا يُشْتَرطُ التمليكُ.

أمَّا إذا كانَ الْإِعْتَاقُ سابقًا: فنصيبُ الآخرِ علىٰ مِلْكِه، ثُمَّ إذا دَبَّرَ بعْدَ ذلكَ لَا يُمْكِنُه التضمينُ؛ لأنَّه لَا يَكُونُ كما وجَبَ؛ لأنَّه قبلَ التَّدْبِيرِ يُضَمِّنُه بتمليكِ نصيبِه مِنَ المُعْتقِ، والآنَ لَا يُمْكِنُه التمليكُ لتعذُّرِ نَقْلِ المُدَبَّرِ.

وعندَهما: لَمَّا دَبَّرَ أحدُهما أوّلًا؛ صارَ كلُّه مُدَبّرًا لهُ؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَتَجَزَّأُ عندَهما، ويَضْمَنُ لصاحبِه نصْفَ قيمتِه مُوسِرًا كانَ أوْ مُعْسِرًا؛ لأنَّه ضَمَانُ تمَلُّكٍ، فلَا يَخْتَلِفُ باليَسارِ والإعسارِ، وهذا لأنَّه مَلَكَ كسْبَ المُدَبَّرِ وخدمتَه، والضَّمَانُ إذا كانَ ببدلٍ يستوي فيه اليَسارُ [٦/٣٩٣ظ/م] والإعسارُ.

أمَّا إذا أعتقَ أحدُهما أوّلًا: فتدبيرُ الآخرِ باطلٌ؛ لأنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ عندهما، ويَضْمَنُ المُعْتقُ نصفَ قيمتِه لشريكِه إنْ كانَ مُوسِرًا، ويسعَىٰ الغلامُ إن كانَ مُعْسِرًا؛ لأنَّ ضَمَانَ الْإِعْتَاقِ باليَسارِ والإعسارِ، حيثُ يَجِبُ علىٰ الموسرِ ولا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

مَذْهَبُهُ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَىٰ نَصِيبِهِ؛ لِأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، ....

غاية البيان

يَجِبُ علىٰ المُعْسِرِ بالحديثِ، وقدْ مَرَّ ذلكَ في بابِ العبدِ يَعْتِقُ بعْضُه.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: إذا دبَّرَه أحدُهما؛ كانَ للآخرِ أنْ يَبِيعَ نصيبَه، فإذا أعتقَه الآخرُ بَطَلَ تدبيرُ الأولِ؛ لأنَّ العتقَ أقوىٰ، فيرفَعُ التَّدْبِيرُ.

وجوابُه: أنَّ الإِعْتَاقَ لَا يُمْكِنُ القولُ بنفاذِه إلَّا بعدَ ثبوتِ المِلْكِ للمُعْتقِ، والمُدَبَّرَ لَا يقْبَل النقلُ، ثُمَّ في قِيمَةِ المُدَبَّرِ اختلافُ المشايخِ ﷺ:

قيلَ: قيمتُه نصفُ قِيمَةِ القِنِّ؛ لأنَّه فاتَ الانتفاعُ ببدلِه، وبَقِيَ الانتفاعُ بعَيْنِه.

وقيلَ: تمامُ قِيمَةِ القِنِّ.

وقيلَ: قيمتُه ثُلثا قِيمَةِ القِنِّ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ الوطءِ والسِّعَايَةِ باقيةٌ، ومَنْفَعَةُ البَيْعِ زائلةٌ، وقِيمَةُ أُمِّ الولدِ ثُلثُ قِيمَةِ القِنِّ؛ لأنَّ [٢/٥٥٦و] مَنْفَعَةَ السِّعَايَةِ والبَيْعِ زائلةٌ.

وقيلَ: قيمتُه قِيمَةُ الخدمةِ، يُنْظَرُ بِكَمْ يُسْتَخْدمُ مدةَ عُمرِه حَزْرًا أَوْ ظنًّا، وقدْ بيَّنَّاه في بابِ العبدِ يَعْتِقُ بعضُه.

وقالَ **فخرُ الدِّين قاضي خان** ﷺ في «**شرحِ الجامعِ الصغيرِ**»: «وإنَّما يُعْرَفُ قيمتُه مُدَبَّرًا عندَ بعضِهم بتقويمِ المُقَوِّمينَ».

ثُمَّ قالَ: «وقالَ بعضُهم: يَنْتَقِصُ بسببِ التَّدْبِيرِ ثُلثُ قيمتِه، فكانَ قِيمَةُ المُدَبَّرِ قَدْر ثُلثي قيمتِه قِنًّا، وقِيمَةُ أُمِّ الولدِ [قَدْرُ][1] ثُلثِ قيمتِها قِنَّة؛ لأنَّ مَنَافِعَ المملوكِ ثلاثةٌ: الاستخدامُ والاِسْتِرْبَاحُ بالبيعِ، وقضاءُ الديونِ مِن ماليتِه بعدَ الموتِ، وبالتَّدْبِيرِ تَفُوتُ مَنْفَعَةٌ واحدةٌ، وهي مَنْفَعَةُ الاِسْتِرْبَاحِ بالبيعِ، فيَنْتَقِصُ ثُلثُ قيمتِه.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«س».

. . . .

وبالاسْتِيلَادِ تفوتُ منفعتانِ: مَنفَعَةُ الِاسْتِرْبَاحِ، ومَنْفَعَةُ قضاءِ الديونِ بعدَ الموتِ، وتبقَى مَنفَعَةٌ واحدةٌ، وهي مَنفَعَةُ الاستخدامِ، فتوَزَّعُ القِيمَةُ علىٰ ذلكَ، ثُمَّ هذا الذي ذَكَرْنا فيما إذا كانَ أحدُهما مِنَ التَّدْبِيرِ أوِ الإِعْتَاقِ سابقًا علىٰ الآخرِ»(١).

فأمَّا إذا خرَجَ الكلامانِ معًا: قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ ﵀ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: صحَّ التَّدْبِيرُ في النصفِ، والعتقُ في النصفِ، والوَلَاءُ بينهما، ولكن يُجْعَلُ كأنَّهُ دَبَّرَ أحدُهما ثُمَّ أعتقَ الآخرُ، حتىٰ يَكُونَ لِلمُدَبِّرِ تضمينُ المُعْتِقِ بنصفِ قيمتِه، مُدَبَّرًا إنْ كانَ مُوسِرًا، أو استسعاء العبدِ ذلكَ؛ لأنَّه إنْ سبقَ يَضْمَنُ جميعَ قِيمَةِ نصيبِه مُدَبَّرًا، وإنْ لَحِقَ التَّدْبِير لم يَضْمَنِ المُعْتِقُ، فدارَ بينَ السقوطِ والوجوبِ، فيَجِبُ نصْفُه.

وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ ﵁: يَنْفُذُ العتقُ، ولا يَنْفُذُ التَّدْبِيرُ، فيُجْعَلُ كأنَّهُ أعتقَه أحدُهما، ثُمَّ دبَّره الآخرُ، فالعتقُ يَنْفُذُ، ولا يَنْفُذُ التَّدْبِيرُ.

وعندَ محمدٍ ﵁: يَصِحُّ [٦/٣٩٤و/م] التَّدْبِيرُ، ويَصِحُّ العتقُ، إلَّا أنَّ العتقَ يغْلبُ، فيَعْتِقُ كلُّه، والمدَبِّرُ يَرْجِعُ علىٰ المُعْتِقِ، فيُضَمِّنُه نصفَ قيمتِه مُدَبَّرًا، والوَلَاءُ بينهما نصفانِ إنْ كانَ المُعْتِقُ مُوسِرًا، وإنْ كانَ مُعْسِرًا سعىٰ في نصفِ قيمتِه مُدَبَّرًا عندَه.

وعندَ أبي يوسفَ: يَجِبُ نصفُ قيمتِه عبدًا في الحالَيْنِ، والوَلَاءُ كلُّه للمُعْتِقِ، هذا إذا عُلِمَ، وإنْ كانَ لَا يُعْلَمُ فعلىٰ قولِهما: يُجْعَلُ كأنَّهُ خرَجَ الكلامانِ منهما معًا.

وعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵁: يَصِحُّ التَّدْبِيرُ، ويصحُّ العتقُ والوَلَاءُ بينهما، ويَرْجِعُ المُدَبِّرُ برُبْعِ قيمتِه علىٰ المُعْتِقِ؛ لأنَّه إن كانَ العتقُ سابقًا فَبِالتَّدْبِيرِ صارَ مُبْرئًا

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/٢٢٤].

وَلَكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ الْعِتْقِ وَالاسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ وَيُضَمِّنُهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ صَادَفَ الْمُدَبَّرَ. ثُمَّ قِيلَ: قِيمَةُ الْمُدَبَّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِيْنَ، وَقِيلَ: يَجِبُ ثُلُثَا قِيمَتِهِ وَهُوَ قِنٌّ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: الْبَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالْفَائِتُ الْبَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ. وَإِذَا ضَمِنَهُ لَا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ، كَمَا إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ.

وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلاً كَانَ لِلْآخَرِ الْخِيَارَاتُ عِنْدَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الْإِعْتَاقِ وَالاسْتِسْعَاءِ؛ لِأَنَّ الْمُدَبَّرَ يَعْتِقُ وَيَسْتَسْعِي.

غاية البيان

له، وإن كانَ التَّدْبِيرُ سابقًا فيَجِبُ الضَّمَانُ، فإذا كانَ لَا يُعْلَمُ: يَرْجِعُ بنصفِ الضَّمَانِ، وهوَ رُبعُ القِيمَةِ مُدَبَّرًا». والباقي يُعْلَمُ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ ﵀».

قولُه: (يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ)؛ لأنَّه بعدَ التَّدْبِيرِ كانَ مُنْتفعًا بالغلامِ استخدامًا، فبالإعتاقِ فسَدَ ذلكَ.

قولُه: (الْبَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ)، أرادَ بها: الإرثَ، والهِبَةَ، والصَّدَقَةَ، والوَصِيَّةَ؛ لأنَّ في كلِّ ذلكَ يزولُ المِلْكُ عنِ الرَّقَبَةِ كالبَيْعِ.

قولُه: (وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ)، أرادَ بها: الوطءَ، والْإِجَارَةَ، والْإِعَارَةَ؛ لأنَّ في كلِّ ذلكَ [منها][1] انتفاعًا بالمنفعةِ مع بقاءِ العينِ.

قولُه: (وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ)، أرادَ بها: التَّدْبِيرَ، والكِتَابَةَ، والِاسْتِيلَادَ، والْإِعْتَاقَ على مالٍ؛ لأنَّ مالَ كلِّ واحدٍ منها إلى الحريةِ كالْإِعْتَاقِ.

قولُه: (كَانَ لِلْآخَرِ الْخِيَارَاتُ عِنْدَهُ)، أي: عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁، أرادَ بها:

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتْقُ الْآخَرِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدْبِيرِ وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَلَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ قِنًّا؛ لِأَنَّهُ صَادَفَهُ التَّدْبِيرُ وَهُوَ قِنٌّ.

وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدْبِيرُ الْآخَرِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ فَعُتِقَ كُلُّهُ ثُمَّ يُصَادِفُ التَّدْبِيرُ الْمِلْكَ وَهُوَ يَعْتَمِدُهُ.

وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا؛ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ الإِعْتَاقِ فَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالْيَسَارِ وَالإِعْسَارِ عِنْدَهُمَا.

غاية البيان

خيارَ الْإعتاقِ، والضمانَ، والاستسعاءَ التي ذكرها، وقدْ مَرَّ بيانُه آنفًا، وبيانُ ما بعْده أيضًا إلى آخرِ البابِ.

واللهُ أعلمُ.

بَابُ
مَوْتِ الْمُكَاتَبِ وَعَجْزِهِ وَمَوْتِ الْمَوْلَى

قَالَ: وَإِذَا عَجزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نجْمٍ نظرَ الْحَاكِمُ فِي حالِهِ، فَإِنْ كان لهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ، أَوْ مَالٌ يَقْدَمُ؛ لَمْ يَعْجَلْ [١٣٣/و] بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْها(١) الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ نَظَرًا للجانبَيْنِ، ....

بَابُ
مَوْتِ الْمُكَاتَبِ وَعَجْزِهِ وَمَوْتِ الْمَوْلَى

وإنَّما ذكرَ هذا الباب آخرًا؛ لأنَّ الموتَ والعجزَ عارِضانِ بعدَ الكِتَابَةِ، فكانَ التأخيرُ هوَ المناسبُ [٥٥٦/٢ظ]؛ لأنَّ العارِضَ بعدَ الأصلِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا عَجزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ، أَوْ مَالٌ يَقْدَمُ؛ لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ، وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وإنْ لَمْ يَكُنْ لهُ وجهٌ وطلبَ المولى تعجيزَه عَجَّزَه وفسَخَ الكِتَابَةَ»(٢).

وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: لَا يُعْجِّزُه حتى يتوالى عليه نجمانِ(٣).

وقولُه: «عَجَّزَه»، أي: عَجَّزَ الحاكمُ المُكَاتَبَ، وأرادَ بالحاكمِ: القاضيَ. يَعْنِي: نسبَه إلى العجزِ، وحَكَم بعَجْزِه، ويَجُوزُ أن يُقالَ: إنَّما ذكرَ بلفْظِ الحاكمِ،

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: عليه».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٧٩].

(٣) قال جمال الإسلام في شرحه: الصحيح قول أبي حنيفة ومحمد، واعتمده البرهاني والنسفي وغيرهما. ينظر: «بدائع الصنائع» [١٤١/٤]، «الاختيار لتعليل المختار» [٤٢/٤]، «تبيين الحقائق» [١٧٠/٥]، «العناية» [٢٠٧/٩]، «الجوهرة النيرة» [١٩٧/٢]، «البناية شرح الهداية» [٤٤١/١٠]، «اللباب» [١٣٠/٣].

. . . .

ولم يَذْكُرْهُ بلفظِ القاضي؛ حتىٰ يشملَ المُحَكَّمَ أيضًا؛ لأنَّ حُكْمَه يَصِحُّ فيما سوىٰ الحدودِ والقِصَاصِ، إذا كانَ لهُ أهليةُ القضاءِ.

وقالَ في «**الجامعِ الصغيرِ**»: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في المُكَاتَبِ يَعْجز فيَقُولُ: أَخِّرُونِي، قالَ: إنْ كانَ لهُ مالٌ حاضرٌ، أوْ مالٌ غائبٌ يُرْجَىٰ قُدومُه [٦/٣٩٤ظ/م]؛ أَخَّرْتُه يومينِ أو ثلاثةً، لَا أَزِيدُه علىٰ ذلكَ شيئًا، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ ﷺ، وقالَ أبو يوسفَ ﷺ: لَا أَرُدُّه في الرِّقِّ حتىٰ يتوالىٰ عليه نجْمانِ»[١]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «**الجامعِ الصغيرِ**»، وقولُ ابنِ أبي لَيْلَىٰ كقولِ أبي يوسفَ ﷺ[٢]. كذا في «**المختلفِ**».

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: ما رُوِيَ عن عليٍّ ﷺ أنَّه قالَ: «الْمُكَاتَبُ إِذَا تَوَالَىٰ عَلَيْهِ نَجْمَانِ؛ رُدَّ فِي الرِّقِّ»[٣]، ولأنَّ مَبْنَىٰ الكِتَابَةِ علىٰ التخفيفِ والتسهيلِ؛ لأنَّه عَقْدُ إرفاقٍ بالعبدِ، ولهذا كانَ التأجيلُ، والتَّنْجِيمُ أحسنُ منَ الكِتَابَة الحالَّةِ، وإنْ كانَتْ جائزةً عندنا، والتَّنْجِيمُ مِثْلُ أن يَقُولَ: كاتبتُك علىٰ عشرةِ أَوَاقٍ مِنْ ذهبٍ، تُؤَدِّي إلَيَّ في كلِّ شهرٍ أُوقِيَّةً، والتسهيلُ في ألَّا يُرَدَّ إلىٰ الرِّقِّ قبل توالي النجمَيْنِ، ولأنَّ الفَسْخَ إنَّما يَجِبُ للعجزِ عنْ أداءِ بدلِ الكِتَابَةِ، والأداءُ لَا يَجِبُ عليه إلَّا بعدَ حلولِ النّجمِ، وبعدَ حلولِه إلىٰ دخولِ الوقتِ الثاني وَقْتَ الأداءِ، فلَا يتَحَقَّقُ العجزُ ما لَمْ يَدْخُلِ الوقتُ الثاني؛ لأنَّه بدخولِه يفوتُ عن وَقْتِه، فيتحقَّقُ العجزُ، ولأنَّ حقَّ المُدَدِ والآجَالِ بالاعتبارِ ما اتفقَ عليه العاقدانِ، فاشْتُرِطَ توالي النجمَيْنِ، ولأنَّ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٧ - ٤٥٨].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٠٩٥/٢].

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢١٤١٣]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٣٤٢/١٠]، عَنْ عَلِيٍّ ﷺ به.

. . . .

الفَسْخَ للعجزِ، والعجزُ باتفاقِهما لَا يتَحَقَّقُ إلَّا بتوالي النجْمَيْنِ.

قالَ فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ رحمه الله: «وقولُ أبي يوسفَ رحمه الله استحسانٌ، صارَ إليه تيسيرًا علىٰ العبدِ».

ووَجْهُ قولِهما: أنَّه لَمَّا عجزَ عن نجمٍ واحدٍ؛ كانَ أعجزَ عن نجمَيْنِ، فلَا حاجةَ إلىٰ الانتظارِ إلىٰ نجْمٍ آخرَ؛ لأنَّ مَن لَمْ يَقْدِرْ علىٰ أداءِ قليلٍ؛ لم يَقْدِرْ علىٰ أداءِ كثيرٍ بالطريقِ الأَوْلَىٰ، في الرِّقِّ قبلَ توالي النجمَيْنِ، إلَّا أنَّه انتُظِرَ إلىٰ الثلاثةِ إذا كانَ لهُ مالٌ حاضرٌ، أوْ يُرْجَىٰ قُدومُه استحسانًا؛ لأنَّه لَا بُدَّ للأداءِ بعدَ الوجوبِ مِن زمانٍ، فقُدِّرَ ذلكَ بالثلاثةِ؛ لأنَّها مدةٌ ضُرِبَتْ لإبْلاءِ الأعذارِ.

أَلَا ترىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥]. وقالَ تعالىٰ في قصَّةِ العبدِ الصالحِ: ﴿قَالَ إِن سَأَلْتُكَ عَن شَيْءٍ بَعْدَهَا فَلَا تُصَٰحِبْنِي قَدْ بَلَغْتَ مِن لَّدُنِّي عُذْرًا﴾ [الكهف: ٧٦].

فلَمَّا كانَ كذلكَ: استحسنوا هذا القدرَ مِنَ الزمانِ، فجعلوه مِن بابِ التعجيلِ دونَ التأجيلِ.

ولهذا قالُوا: إنَّ المُدَّعَىٰ عليه إذا توجَّه عليه الحُكْمُ، وادَّعىٰ الدفعَ ببيِّنةٍ حاضرةٍ؛ يُؤَجَّلُ لهُ يومًا أو يومينِ أو ثلاثةً، [ولا يُزَادُ علىٰ ذلكَ، وكذلكَ الغريمُ الحُرُّ إذا أقَرَّ بِدَيْنٍ وطلبَ الإمهالَ إلىٰ يومٍ أو يومينِ أو ثلاثةٍ][1]؛ أُجِيبَ إلىٰ ذلكَ، ولم يَكُنْ بهذا القدرِ ممتنعًا مِنَ الأداءِ، فكذلكَ هاهنا.

بخلافِ ما إذا لَمْ يَكُنْ لهُ وَجْهٌ أصلًا، حيثُ [٢/٥٥٧و] لَا يُنْتَظرُ عليه أصلًا؛ لأنَّه تبيَّنَ عَجْزُه، والمولىٰ لم يَرْضَ بحريتِه إلَّا بأداءِ المالِ، فلَا يَلْزَمُه ما لَمْ يَرْضَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

والثلاثةُ هي المُدَّةُ التي ضُربتْ لإبلاءِ الأعْذار كإمْهال الْخصْم للدَّفْع والْمدَّعِي

به من المدةِ.

والجوابُ عن احتجاجِ أبي يوسف بأثر عليٍّ فنقولُ: إنَّ فيه الردَّ إلى الرِّقِّ إذا توالى نجمانِ، وليس فيه نفْيُ الردِّ إذا لَمْ يُوجَد التوالي، فيُردُّ إلى الرِّقِّ بما ذكرْنا من الدليلِ؛ لأنَّ تخصيصَ [٦/٣٩٥ظ/م] الشيءِ بالذِّكر لا يدُلُّ على نفْي ما عداه.

أوْ نَقُولُ: إنَّ الآثارَ متعارِضةٌ، والتاريخُ مجهولٌ، فيُصارُ إلى ما بعدها من الدليلِ وهوَ القياسُ، وذلكَ لأنَّ أصحابنا رووا في **«شروح الجامع الصغير»** وغيرها: عن عبدِ الله بنِ عُمَرَ: «أنَّ مُكاتبًا لهُ عَجزَ عَنْ نَجْمٍ وَاحِدٍ، فَردَّهُ في الرِّقِّ»[1].

ومعنى النجم: هوَ الطالعُ، ثُمَّ سُمِّيَ بهِ الوقتُ المضروبُ، ومنه قولُ الشَّافعيِّ: «أقلُّ التأجيلِ نجمانِ»[2]، أي: شهرانِ، ثُمَّ سُمِّيَ بهِ ما يُؤدَّى فيه من الوظيفةِ، ثُمَّ اشتقُّوا منه فقالُوا: نجَّمَ الدِّيَةَ تنجيمًا إذا أدَّاها نجومًا، ونجَّم المالَ إذا أدَّاه نجومًا، ومنه قولُ زُهَيْرٍ[3]:

يُنَجِّمُهــا قَــومٌ لِقَــوْمٍ غَرَامَــةً ✽ وَلَـمْ يُهَرِيقُـوا بَيْنَـهُم مِـلْءَ مِحْجَـم

أي: يُعْطِي ديةَ مَن قُتِلَ قومٌ لم يَقْتُلوا، ولم يُرِيقوا دمًا أصلًا.

قولُه: (لإبْلَاءِ الْأَعْذَارِ)، أي: لإظهارِها.

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٢١٤١٥]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٣٤١]، عن عبد الله بن عمر به.

(٢) ينظر: «مختصر المزني/ مطبوع ملحقًا بالأم للشافعي» [٨/٤٣٣]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٨/١٤٦]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/١٤٦].

(٣) يعني: زهير بن أبي سُلْمى، حكيم الشعراء في الجاهلية، وهو المراد عند الإطلاق، والبيت من معلّقته الشهيرة، ينظر: «ديوان زهير» [ص/٦٧].

لِلْقَضَاءِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ؛ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رضي الله عنه: إِذَا تَوَالَى عَلَى الْمُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ حَتَّى كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجَّلَةً وَحَالَةُ الْوُجُوبِ بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْهَالِ مُدَّةٍ اسْتِيسَارًا، وَأَوْلَى الْمُدَدَ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ الْعَاقِدَانِ. وَلَهُمَا: أَنَّ سَبَبَ الْفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ الْعَجْزُ، لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ يَكُونُ أَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمَيْنِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْمَوْلَى الْوُصُولُ إِلَى الْمَالِ عِنْدَ حُلُولِ نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، بِخِلَافِ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهَا لِإِمْكَانِ الْأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا، وَالْآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ الْمَرْوِيَّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أَنَّ مُكَاتَبَةً لَهُ عَجَزَتْ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِهَا. قَالَ: فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، فَعَجَزَ، فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ؛ فَهُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَبِالْعُذْرِ أَوْلَى، وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ الْعَبْدُ لَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ بِالْفَسْخِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ تَامٌّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَضَاءِ أَوِ الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ.

قولُه: (عَقْدُ إِرْفَاقٍ)، أي: رِفْقٍ، يُقالُ: رَفَقْتُ بهِ وأَرْفَقْتُه بمعنًى. كذا في «الصحاحِ»[1].

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، فَعَجَزَ، فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ؛ فَهوَ جَائِزٌ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

(١) ينظر: «الصحاح في اللغة» للجَوْهَري [٤/١٤٨٢/ مادة: رفق].

قَالَ: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عادَ إِلَىٰ أَحْكَامِ الرِّقِّ؛ لِانْفِسَاخِ الْكِتَابَةِ وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الأَكْسَابِ لِمَوْلَاهُ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَىٰ مَوْلَاهُ وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ.

غاية البيان

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الْمُكَاتَبِ يَحِلُّ عليه نجْمٌ، فيعْجِزُ عنه عندَ غيرِ السلطانِ، ويردُّه مولاه برضاه، قالَ: يَكُونُ ذلكَ جائزًا، فإنْ رفعَه مولاه إلىٰ السلطانِ، وقدْ أخلَّ به، نظَر الإمامُ، فإنْ كانَ لهُ شيءٌ حاضِرٌ أخذَه، وإلَّا ردَّه في الرِّقِّ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وأرادَ بالسلطانِ: القاضيَ، وذلكَ لأنَّ الكِتَابَةَ عقْدٌ يُقالُ ويُفْسَخُ كَالبَيْعِ. فإذا جازَ فسْخُها بالتراضِي بلَا عُذْرٍ؛ فبالعُذْرِ أَوْلَىٰ أنْ تُفْسَخَ، فإذا لم يَرْضَ الْمُكَاتَبُ بالفسخِ، فلَا بُدَّ مِن قضاءِ القاضي؛ لأنَّها عقْدٌ لازمٌ.

وأرادَ بالإخلالِ بنَجْمٍ: ترْكَ أداءِ وظيفةِ بدلِ الكِتَابَةِ التي اتفَقا عليها[2]. وأصْلُه مِن قولِهم: أخلَّ بمَرْكزِه؛ إذا ترَكَه.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عادَ إِلَىٰ أَحْكَامِ الرِّقِّ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»، وتمامُه فيه: «وكانَ ما في يدِه مِنَ الأكسابِ لمولاه»[3].

وقولُه: (عَجَزَ)، وقَعَ في النُّسَخِ علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للفاعلِ مِنَ الثلاثيِّ. وكذلكَ كانَ وقَعَ سماعُنا أيضًا، وعندي الوجهُ فيه أنْ يُقالَ بلفظِ المبْنِيِّ للمفعولِ مِن مَزِيدِ الثلاثيِّ؛ لأنَّ بمجردِ العجزِ لَا تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ، ولا يعودُ الْمُكَاتَبُ إلىٰ الرِّقِّ، بلْ يحْتَاجُ بعدَ ذلكَ إلىٰ القضاءِ أوِ الرضا.

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قالَ في أوَّلِ البابِ: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ لَمْ يَعْجَلِ الْحَاكِمُ

---

(١) يُنظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٨].
(٢) وقع بالأصل: «عليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

قَالَ: فَإِنْ ماتَ الْمَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ ؛ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ [٢/٥٥٧ظ] ، وَقُضِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ، وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ ، وَمَا بَقِيَ فهوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ ، وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ وَهذَا قَوْلُ عَلِي وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا .

غاية البيان

بِتَعْجِيزِهِ) ، وقالَ أيضًا: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ [لَهُ][1] وَجْهٌ وَطَلَبَ الْمَوْلَى تَعْجِيزَهُ ؛ عَجَّزَهُ) ، أي: طلبَ المولى مِنَ الحاكمِ تعْجِيزَ المُكَاتَبِ ؛ عَجَّزَه الحاكم .

ويدلُّ على هذا: ما قالَه الشيخُ أبو نصرٍ في «شرحِه» في التعليلِ بقولِه: «وذلكَ لأنَّ في تعجيزِه فسْخَ الكِتَابَةِ ، وإذا انفسخَ العقدُ عادَ إلى أحكامِ [٦/٣٩٥ظ/م] الرِّقِّ ، وكانَ ما في يدِه مِنَ الأكسابِ لمولاه ؛ فإنَّه كانَ موقوفًا عليه وعلى مولاه ، فلمَّا عادَ إلى الرِّقِّ زالَ المعنى المُوجِبُ لإيقافِه ، فكانَتِ الأكسابُ للمولى ؛ لأنَّها مُتولِّدةٌ مِن مِلْكِه ، وقدْ ذَكَرْنا قبْلَ هذا شَرْطَ القضاءِ عندَ العجزِ عنِ «المجرَّدِ» ، عندَ قولِه: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى مُكَاتَبَهُ ؛ عَتَقَ بِعِتْقِهِ) .

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ ماتَ الْمَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ ؛ لَمْ تَنْفَسِخِ الْكِتَابَةُ [٢/٥٥٧ظ] ، وَقُضِيَ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ، وَحُكِمَ بِعِتْقِهِ فِي آخرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ ، وَمَا بَقِيَ فهوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ ، وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ) ، وهذهِ مِنْ مسائلِ «مختصرِ القُدُورِيِّ »[2] .

اعلمْ: أنَّ المُكَاتَبَ إذا ماتَ عن وفاءٍ ، لَا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الكِتَابَةِ ، ويُؤَدَّى بدلُ الكِتَابَةِ ، ويُحْكَمُ بحريتِه ، وهوَ مذهبُ عَلِيٍّ[3] وعبدِ الله بنِ مَسْعُودٍ[4] .

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«ج» ، و«غ» ، و«س» .

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٨٠] .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» [٢١٥١١] من طريق قَابُوسِ بْنِ أَبِي الْمُخَارِقِ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ: بَعَثَ عَلِيٌّ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي بَكْرٍ عَلَى مِصْرَ ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنْ مُكَاتَبٍ مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا وَوَلَدًا ، فَكَتَبَ يَأْمُرُ فِي الْكِتَابِ: «إِنْ كَانَ تَرَكَ وَفَاءً لِمُكَاتَبَتِهِ يَدَّعِي مَوَالِيهِ فَيَسْتَوْفُونَ ، وَمَا بَقِيَ كَانَ مِيرَاثًا لِوَلَدِهِ» .

(٤) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٥٥٧] قال: وَكَانَ عَبْدُ اللهِ يَقُولُ: «يُؤَدَّى إِلَى مَوَالِيهِ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ مُكَاتَبَتِهِ ، وَلِوَرَثَتِهِ مَا بَقِيَ» .

قال الشافعيُّ ﵀: تبطلُ الكتابةُ بموتِه عبدًا وما تركه لمولاه، وقدوته في ذلك زيدُ بنُ ثابتٍ ﵁، ولأنَّ المقصودَ من الكتابةِ عتقُه وقد تعذَّر بموته.

وقالَ الشافعيُّ ﵀: ينفسخُ عقدُ الكتابةِ، ويموتُ عبدًا[1]، وهو مذهبُ زيدِ بنِ ثابتٍ ﵁، وعلماؤنا ﵏ أخذوا في حالِ حياةِ المُكاتَبِ بقولِ زيدٍ: «إنَّ المُكاتَبَ عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ»[2]؛ لموافقته حديثَ رسولِ الله ﷺ، وكان يقولُ عليٌّ ﵁: «يُعتَقُ منهُ بقدرِ ما أدَّى، ويُرَقُّ منهُ بقدرِ ما عجزَ»[3]. كذا ذكرَ محمدٌ ﵀ في «الآثار»[3].

وأخذوا في حالِ مماتِه بقولِ عليٍّ وابنِ مسعودٍ ﵄. وقال محمدُ بنُ الحسنِ ﵀ في كتابِ «الآثارِ»: «أَخْبَرَنَا أبو حَنِيفَةَ ﵀ عنْ حمادٍ عنْ إبراهيمَ عنْ عليِّ بنِ أبي طالبٍ ﵁ وعبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ وشُرَيْحٍ ﵃: أنهم كانوا يقولونَ: إذا ماتَ المُكَاتَبُ وتَرَكَ وفاءً، أُخِذَ ممَّا تَرَكَ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِن مُكاتَبَتِه، فدُفِعَ إلى مولاه، وصارَ مَا بَقِيَ بعدُ لِوَرَثَةِ المُكَاتَبِ»[4]. قالَ محمدٌ ﵀: وبه نَأْخُذُ، وهو قولُ أبي حَنِيفَةَ ﵀»[4].

وأجمَعُوا: أنَّ المُكَاتَبَ إذا ماتَ عاجزًا، ماتَ عبدًا، وتَنفسِخُ الكتابةُ.

وتفسيرُ الوفاءِ: أنَّه إذا ماتَ وتَرَكَ ولدًا، فإنه يُؤمَرُ بأنْ يسعَى فيُؤدِّي بدلَ الكتابةِ، ويُجعَلُ أداؤُه كأدائِه، ويُحكَمُ بحريتِه في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياتِه. وإنْ لمْ يكنْ لهُ ولدٌ، وتَرَكَ مالًا به وفاءٌ ببدلِ الكتابةِ، فإنَّه يُؤدِّي بدلُ الكتابةِ منه.

---

(1) ينظر: «الأم» للشافعي [٩/ ٣٨٥]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/ ٤٤٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٢/ ٢٥٨].

(2) مضى تخريجه.

(3) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/ ٥٧٦].

(4) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٢/ ٥٧٩].

إِثْبَاتُهُ فَتَبْطُلُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ الْمَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنِدًا، لَا وَجْه إِلَىٰ الْأَوَّلِ لِعَدَمِ الْمَحَلِّيَّة، وَلَا إِلَىٰ الثَّانِي لِفَقْدِ

ويُحْكَمُ بحريتِه. كذا فَسَّرَ في «الطريقةِ البرهانيةِ».

وَجْهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: أثرُ زيْدٍ، ولأنَّ المقصودَ مِنَ الكِتَابَةِ تحصيلُ العتقِ، وذلكَ لَا يُمْكِنُ إثباتُه بعدَ الموتِ، فانفسخَتِ الكِتَابَةُ؛ لعدمِ المقصودِ؛ لأنَّه إذا ثبَتَ بعدَ الموتِ؛ لَا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَثْبُتَ مقصورًا علىٰ حالةِ الموتِ، أو علىٰ حالةِ الحياةِ، أو يَثْبُتَ حالةَ المماتِ مستندًا إلىٰ حالةِ الحياةِ.

فلا يَصِحُّ أنْ يَثْبُتَ مقصورًا علىٰ حالةِ الموتِ لعدمِ المحلِّيةِ؛ لأنَّ الميتَ ليسَ بمحلٍّ للإعتاقِ، ولا يَصْلُحُ أنْ يَثْبُتَ مقصورًا علىٰ حالةِ الحياةِ، لعدمِ الشرطِ؛ لأنَّ شرْطَ عِتْقِ المُكَاتَبِ: أداءُ البدلِ، ولَمْ يُوجَدِ الأداءُ في حالةِ الحياةِ، ولا يَصْلُحُ القولُ بالاستنادِ؛ لأنَّ الشيءَ يَثْبُتُ أوّلًا في الحالِ [٣٩٦/٦و/م] ثُمَّ يَسْتَنِدُ، ولا إمكانَ لثبوتِ العتقِ في [حالةِ](١) المماتِ، لعدمِ المحلِّيةِ، فكيفَ يَسْتَنِدُ؟

ولنا: أنَّ الكِتَابَةَ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ بينَ العَاقِدَيْنِ، فلَا يَنْفَسِخُ لموتِ أحدِ العَاقِدَيْنِ وهوَ المولىٰ، فيَنْبَغِي ألَّا يُفْسَخَ أيضًا بموتِ الآخرِ وهوَ المُكَاتَبُ.

والجامعُ بينهما: الحاجةُ إلىٰ بقاءِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما ثبَتَ لهُ حقٌّ بعقْدِ الكِتَابَةِ بعَرَضِ أن يَصِيرَ حقيقةً؛ لأنَّ المولىٰ ثبَتَ لهُ حقٌّ في البدلِ بعَرَضِ أن يَصِيرَ ذلكَ الحقُّ حقيقةً عندَ القبضِ، والمُكَاتَبُ ثبَتَ لهُ حقُّ العتقِ علىٰ وَجْهٍ يَصِيرُ ذلكَ حقيقةً عندَ الأداءِ.

ثمَّ قبْضُ خَلَفِ المولىٰ يُجْعَلُ كقَبْضِ نفسِه، ويُجْعَلُ المولىٰ مُعْتِقًا في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه لحاجتِه، فكذلكَ يُجْعَلُ أداءُ خلَفِ المُكَاتَبِ كأدائِه، ويُجْعَلُ

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «حال».

الشّرْط وَهُو الْأداءُ، وَلَا إِلَى الثَّالثِ لِتعذُّرِ الثُّبوت فِي الْحال والشَّيْءُ يَثْبتُ ثُمَّ يَسْتندُ.

غاية البيان

مُعتقًا في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه لحاجته، بلْ هنا أوْلى؛ لأنّ الكتابة شُرِعتْ نظرًا للمُكاتَبِ ورِفقًا بهِ، حتى كانتِ الكِتابَةُ لازمةً مِنْ جانب المولى، بحيثُ لا يَقدرُ على الفَسْخِ، وشُرِعَتْ غيرَ لازمةٍ في جانبِ المُكاتبِ حتى يقدِر على الفسْخ بتعجيزِ نفسِه، فلمَّا وجَبَ إبقاءُ الكِتابَة لحاجةِ المولى؛ فلأن يَجِب إبقاؤُها لحاجة المُكاتَبِ أَوْلَى.

يُحَقِّقُه: أنَّ الإجماعَ انعقدَ على جَعْلِ المولى مُعْتقًا بعدَ موتِه، ولم [٢/٥٥٨ظ] تنفسِخِ الكِتابَةُ بموتِه، فكانَ ذلكَ دليلًا على جَعْلِ المُكَاتَبِ مُعْتقًا بعدَ موته بالطريقِ الأوْلَى؛ لأنَّ الإِعْتاقَ فِعْلٌ، وكونُه مُعْتقًا وَصْفٌ وليسَ بفِعْلٍ، والموتُ يُنافِي الأفعالَ، ولا يُنافِي الصفاتِ، ولأنَّ مِنْ شَرْطِ كونِه مُعْتقًا: أنْ يَكُونَ مالكًا، ومِنْ شرْطِ كونِه مُعْتقًا: أنْ يَكُونَ مملوكًا، والموتُ أنفَى للمالكيةِ مِنَ المَمْلُوكِيَّةِ، وأنفَى لكونِه مُعْتِقًا مِن كونِه مُعْتقًا، ألَا ترى أنَّ الجماداتِ تُوصَفُ بِالمَمْلُوكِيَّةِ، ولا تُوصَفُ بالمالكيةِ، فإذا جُعِلَ المولى مُعْتقًا بعدَ الموتِ؛ كانَ جَعْلُ المُكَاتَبِ مُعتقًا بالطريقِ الأوْلَى.

وقدْ حَصَلَ الاستغناءُ بهذا البيانِ عنِ الترديدِ الذي أوردَ الخَصْمُ، فبأيِّ طريقٍ صار المولى مُعْتقًا؛ فبذلكَ الطريقِ صارَ المُكَاتَبُ مُعتقًا.

ولَئِنْ قالَ: المولى يُقَدَّرُ حيًّا.

فنقُولُ: كذلكَ المُكَاتَبُ يُقدَّرُ حيًّا.

ولوْ قال: المولى صارَ مُعْتقًا في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه.

فنقُولُ: كذلكَ المكاتبُ صار مُعْتقًا في آخرِ جزءٍ منْ أجزاءِ حياته، وثمَّ شرْطٌ

وَلَنَا: أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينِ وَهُوَ الْمَوْلَىٰ فَكَذَا بِمَوْت الْآخَرِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الْحَاجَةُ إِلَىٰ إِبْقَاءِ الْعَقْدِ لِإِحْيَاءِ الْحَقِّ، بَلْ

كونِه مُعْتقًا: هوَ القبضُ، ولَمْ يُوجَدِ القبضُ إلَّا بعدَ الموتِ، ومع هذا جُعِلَ مُعْتقًا قبْلَ ذلكَ، فكذلكَ هنا شرْطُ كونِه مُعْتقًا: الأداءُ، ولَمْ يُوجَدْ إلَّا بعدَ الموتِ، فيُجْعَلُ مُعْتقًا قبلَ الموتِ.

والفقهُ [٦/٣٩٦ظ/م] فيه: أنَّ عِتقَ المُكَاتَبِ مُعَلَّقٌ بشَرْطِ الأداءِ، والمعلَّقُ بالشرطِ لَا يَثْبُتُ قبْلَ وجودِ الشرطِ، وإنَّما يَثْبُتُ بعدَ وجودِ الشرطِ، ولكنْ إذا وُجِدَ الشرطُ وانتقضَ التعليقُ، وصار المُعَلَّقُ سببًا: جازَ أنْ يَثْبُتَ الحُكْمُ سابقًا علىٰ السببِ؛ لأنَّ الأسبابَ أعلامٌ علىٰ الأحكامِ في الحقيقةِ.

ويَجُوزُ أنْ يَكُونَ الشيءُ علَمًا علىٰ شيءٍ بعْدَه أوْ قبْلَه، كما إذا قالَ لآخرَ: أعتِقْ عبدكَ عني على ألفٍ، فقالَ: أعتقْتُ؛ ثبَتَ المِلْكُ مقتضًى سابقًا علىٰ قولِه: أعتقْتُ، وهوَ المقتَضِي، والمِلْكُ يَثْبُت حُكْمًا بقولِه: أعتقْتُ؛ لأنَّ المقتضَىٰ حكْمُ المقتضِي، ولا يوجدُ المِلْكُ ما لَمْ يُوجَدْ قولُه: أعتقْتُ، ومع هذا يَثْبُتُ سابقًا علىٰ قولِه: أعتقْتُ، فكذلكَ يَثْبُتُ كونُه مُعْتقًا في آخرِ جزءٍ مِن أجزاءِ حياتِه بالأداءِ بعدَ الموتِ.

وأقربُ منْ هذا: أنَّ كونَ المولىٰ مُعْتقًا في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه عُلِّقَ بالقبضِ بعدَ الموتِ، والقبضُ مقصورٌ علىٰ ما بعْدَ الموتِ، ومع هذا جُعِلَ مُعْتقًا قبلَ الموتِ.

وكذلكَ كونُه مُعْتقًا في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه مُعَلَّقٌ بالأداءِ المقصورِ علىٰ ما بعدَ الموتِ، فيُجْعَلُ مُعْتقًا في ذلكَ الجزءِ، إلَّا أنَّ الأصلَ أنْ يَكُونَ الحُكْمُ بعدَ السببِ، ولكنْ يَجُوزُ ترْكُ الأصلِ لمَسَاسِ الضرورةِ، وقدْ مسَّتِ الضرورةُ هنا؛ لأنَّ المُكَاتَبَ محتاجٌ إلىٰ أن يَصِيرَ ما لهُ مِنَ الحقِّ حقيقةً، بأنْ يَعْتِقَ بعِتْقِه أولادُه، ويَخْلُصَ لهُ أكسابُه، ويُقْضَىٰ منها ديونُه الحائلةُ بينه وبينَ الجَنَّةِ، ويتخلَّصُ أولادُه

أَوْلَى؛ لِأَنَّ حَقَّهُ آكَدُ مِنْ حَقِّ الْمَوْلَىٰ حَتَّىٰ لَزِمَ الْعَقْدُ فِي جَانِبِهِ. وَالْمَوْتُ أُنْفَى لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ ....

غاية البيان

مِن مذلَّةِ الرِّقِّ، كما أنَّ المولىٰ محتاجٌ إلىٰ تحصيلِ الثوابِ بالإعتاقِ، وإلىٰ ثبوتِ الوَلَاءِ، فقُدِّمَ الحُكْمُ ثَمَّةَ للحاجةِ، فكذا هنا.

فَإِنْ قُلْتَ: سَلَّمْنا أنَّ المولىٰ محتاجٌ إلىٰ بقاءِ العقدِ بعدَ الموتِ، ولكنْ لَا نُسَلِّمُ أنَّ المُكَاتَبَ محتاجٌ إلىٰ بقاءِ العقدِ بعدَ الموتِ؛ لأنَّ مقصودَه مِنَ العقدِ تحصيلُ العتقِ، وخلاصُه عنْ ذُلِّ الرِّقِّ والمِلْكِ، فبَعْدَ الموتِ ينتهِي المِلْكُ والرِّقُّ، فلَا حاجةَ إلىٰ إبقاءِ العقدِ.

قُلْتُ: إنَّه محتاجٌ إلىٰ بقاءِ العقدِ حتىٰ يَثْبُتَ فيه العتقُ في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه؛ ليعْتِقَ بعِتْقِه أولادُه، وتُقْضَىٰ ديونُه مِنْ أكسابِه، وتُفَكَّ رقبتُه مِنَ النَّارِ، وهذا كلُّه أمرٌ مقصودٌ للعقلاءِ[1]، فكانَتْ في إبقاءِ العقدِ فائدةٌ؛ لأنَّ الناسَ كما يسْعَوْنَ لأنفسِهِم؛ يسْعَوْنَ لأولادِهم، فإنَّ المرءَ لوْ يسعىٰ لنفسِه خاصةً؛ لقلَّ سَعْيُه وشُغْلُه.

فَإِنْ قُلْتَ: لوْ قُدِّرَ المولىٰ حَيًّا قُدِّرَ مالكًا، ولوْ قُدِّر المُكَاتَبُ حيًّا قُدِّرَ مملوكًا. والشَّرْعُ ورَدَ بإبقاءِ المالكيةِ دونَ المَمْلُوكِيَّةِ، ولهذا لوْ قالَ: أنتَ حُرٌّ بعدَ موتي، أو أوصىٰ [٣٩٧/٦و/م] بالإعتاقِ صحَّ، وتبقَىٰ المالكيَّةُ نظرًا له، ولوْ ماتَ المُدَبَّرُ قبْلَ المولىٰ بطَلَ التَّدْبيرُ، ولا تَبقَىٰ المَمْلُوكِيَّةُ ليحْصُلَ لهُ العتقُ بعدَ الموتِ.

قُلْتُ: ورُودُ الشَّرْعِ للحاجةِ ثَمَّةَ لإبقاءِ المالكيةِ ورُودٌ هنا بالطريقِ الأَوْلَىٰ؛ لأنَّ الموتَ أبقَىٰ للمالكيةِ مِنَ المَمْلُوكِيَّةِ؛ لأنَّ المالكيةَ [illegible] عبارةٌ عنِ المقْهُورِيَّةِ، والقدرةُ والمَمْلُوكِيَّةُ عبارةٌ عنِ المقْهُورِيَّةِ والعجزِ، والموتُ ينْفِي القدرةَ لَا العجز، ألَا ترىٰ أنَّ الجماداتِ تُوصَفُ بِالمَمْلُوكِيَّةِ والعجزِ، ولا تُوصَفُ

(١) وقع بالأصل: «للعقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«ع»، و«س».

. . . .

بالمالكيةِ والقدرةِ أصلًا.

وخرَجَ الجوابُ عنْ إضافةِ الحُرِّيَّةِ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، وعنِ الإيصاءِ بالإعتاقِ أيضًا؛ لأنَّه يُقَدَّرُ حيًّا حينئذٍ لحاجتِه، بخلافِ ما إذا ماتَ المُدبَّرُ قبْلَ المولىٰ؛ لأنَّ عِتْقَه مُعَلَّقٌ بموتِ المولىٰ، ولَمْ يُوجَدِ الشرطُ.

فَإِنْ قُلْتَ: لوْ كانَ العتقُ يَثْبُتُ في آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياةِ المُكَاتَبِ؛ لحُدَّ قاذِفُه، ونفذَتْ وصيتُه بعدَ أداءِ البدلِ.

قُلْتُ: إنَّ ذلكَ زمانٌ لطيفٌ لَا يَتَّسِعُ للقذفِ والوَصِيَّةِ، فوقَعا قبلَ زمانِ الحُرِّيَّه، بخلافِ ثبوتِ الحُرِّيَّةِ في ذلكَ الزمانِ؛ لأنَّ ثبوتَ الحُرِّيَّةِ حُكْمٌ شرعيٌّ لَا يحْتَاجُ فيه إلىٰ سَعْي العبدِ، فيَثْبُتُ في الساعةِ اللطيفةِ.

فإنْ قُلْتَ: الشَّافِعِيُّ ﵁ يَقِيسُ علىٰ ما إذا ماتَ عاجزًا، فثَمَّةَ تَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ، فكذا إذا ماتَ عنْ وفاءٍ، والجامعُ: موتُه قبْلَ البَرَاءَةِ عمَّا عليه.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ القياسَ صحيحٌ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ لَا تَنْفَسِخُ في الأصلِ أيضًا بمجردِ الموتِ ما لَمْ يحْكُمِ الحاكمُ بالعجزِ والفَسْخِ، ولا يَصِحُّ اعتبارُ المَلَاءةِ[1] بالعجزِ، أَلَا ترىٰ أنَّ مذهبَه: أنَّ المُشْتَرِيَ إذا ماتَ مُفْلسًا؛ يفْسَخُ البَائِعُ البَيْعَ، وإذا ماتَ مَلِيًّا؛ فلَا يَفْسَخُ.

يُوضِّحُه: ما قالَ الشَّافِعِيُّ ﵁ في زوْجاتِ النبيِّ ﷺ: إذا كانَ لهنَّ مُكَاتَبٌ، فإنْ كانَ لهُ وفاءٌ احتجَبْنَ عنه، بخلافِ المُفْلِسِ.

والمعنىٰ في الأصلِ: أنَّ العجزَ في حالةِ الحياةِ سَبَبٌ لِلْفَسْخِ، فبَعْدَ الموتِ

---

(١) المَلَاءَة: مصدر مَلُؤَ مَلَاءة، وهو أَمْلأُ منه، علىٰ أفْعل التفضيل. ومنه: المَلِيُّ، وهو الغنيُّ المقتدِر. وقد تقدم التعريف بذلك.

فيُنزلَ حيًّا تقديرًا، أوْ تُستندُ الحُرّيّةُ بإسْنادِ سَببِ الأداءِ إلى مَا قبْلَ الْموْتِ

أولى؛ لأنَّ الموتَ مُحقِّقٌ للعجزِ، ومعَ القدرةِ في حالِ الحياةِ ليسَ للمولى حقُّ الفسْخِ، فبعْدَ الموتِ مِثْله.

والباقي يُعْلَمُ في نُسَخِ «طريقةِ الخلافِ»، خصوصًا في «الطريقةِ البرهانيةِ» المطولةِ، أعني: طريقةَ الشيخِ بُرْهانِ الدِّينِ، والِد الصدْرِ الكبيرِ الأجلِّ صاحبِ «المحيطِ»، والِد الصدرِ الشهيدِ حُسامِ الدِّينِ والصدرِ السعيدِ تاجِ الدِّينِ[1]، وهوَ بُرْهانُ الأئمةِ عبدُ العزيزِ بنُ عُمَرَ بنِ أبي سهلٍ المعروفُ بـ: «مَازَه» البُخاريّ ﷺ.

قولُه: (**فيُنزَلُ حيًّا تقْدِيرًا، أوْ تُستندُ الحُرِّيَّةُ بإسْنادِ سَببِ الأدَاءِ إلى مَا قبْلَ الموْتِ**)، وهذا جوابٌ عمَّا يُقالُ مِن قِبَلِ الخَصْمِ، بأنْ يُقالَ: لوْ بقِيَ العبدُ بعدَ موتِ المُكاتَبِ؛ لا يخْلُو: إمَّا أنْ تَثبُتَ الحُرِّيَّةُ قبلَ الموتِ، أوْ بعْدَه، فلا يجُوزُ الأولُ؛ لأنَّ فيه تقديمَ المُسبَّبِ على السببِ [٦/٢٩٧ظ/م]؛ لأنَّ الأداءَ سببُ الحُرِّيَّةِ، وقدْ وُجِد بعدَ الموتِ.

ولا يجُوزُ الثاني أيضًا؛ لأنَّ الميتَ ليسَ بمحلٍّ للحُرِّيَّةِ، فقالَ: ثبوتُ الحُرِّيَّةِ على كلِّ طريقٍ مُمْكِنٌ، فلا يلْزَمُ الفسادُ؛ لأنَّه لوْ ثبَتتِ الحُرِّيَّةُ بعدَ الموتِ يُنزَّلُ حيًّا، ولوْ ثبتَ قبلَ الموتِ تَستَندُ الحُرِّيَّةُ مع إسنادِ سببِها الذي هوَ عقْدُ الكتابةِ؛ ولا يلزَمُ تقديمُ المُسبَّبِ على السببِ.

بيانُه: أنَّ في عقْدِ الكتابةِ معنى تعليقِ الحُرِّيَّةِ بالأداءِ، والتعليقاتُ ليستْ بأسبابٍ في الحالِ عندَنا، فإذا وُجِدَ الشرطُ وبطَلَ التعليقُ؛ ينقلِبُ ما ليسَ بعلَّةٍ علَّةً. وهنا الشرطُ: هوَ الأداءُ لمَّا وُجِدَ مِنَ الخلَفِ ـ وهو الولدُ ـ جُعِلَ ذلكَ العقدُ

(١) الصدرُ الشهيدُ: عُمَرُ بنُ عبدِ العزيزِ بنِ عُمَرَ، والصدرُ السعيدُ: أحمدُ بنُ عبدِ العزيزِ بنِ عُمَرَ، وصاحبُ «المحيطِ البرهانيِّ» هو برهانُ الدِّينِ محمودُ بنُ الصدرِ الشهيدِ تاجِ الدِّينِ بنِ أحمدَ بنِ عبدِ العزيزِ. كذا جاء في حاشية: [illegible]

وَيَكُونُ أَدَاءُ خَلَفِهِ كَأَدَائِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ مُمْكِنٌ عَلَىٰ مَا عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الْخِلَافِيَّاتِ.

قَالَ: وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الْكِتَابَةِ؛ سَعَىٰ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَىٰ نُجُومِهِ، فَإِذَا أَدَّىٰ حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَعِتْقِ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ، وَكَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيَخْلُفُهُ فِي الْأَدَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً.

السابقُ عِلَّةً للأداءِ مِن وَقْتِ وجودِه، فإذا أسنَدْنا الحُرِّيَّةَ إلىٰ آخرِ جزءٍ مِنْ أجزاءِ حياتِه؛ يَقَعُ المُسَبَّبُ بعدَ السببِ لَا محالةَ، فكانَ كِلَا الطريقَيْنِ مُمْكِنًا.

قولُه: (فِي الْخِلَافِيَّاتِ)، أرادَ بها: نُسَخَ «طريقةِ الخلافِ»؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ المحقِّقِينَ المتقدِّمينَ مِن أصحابِنا صنَّفَ نسخةً مشتملةً على المسائلِ الفقهيةِ الخلافيةِ وسَمَّاها: «طريقةَ الخلافِ»، و«الخلافيَّاتِ» أيضًا، ولكن ما ذكروا في نُسَخِ «طريقةِ الخلافِ» مِن مسائلِ المُكَاتَبِ إلَّا هذه المسألةَ وحْدَها.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا [٢/٥٥٩و] فِي الْكِتَابَةِ؛ سَعَىٰ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَىٰ نُجُومِهِ، فَإِذَا أَدَّىٰ حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَعِتْقِ الْوَلَدِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصرِه»[1]، وذلكَ لأنَّ الولدَ المولودَ في الكِتَابَةِ يَتَكاتَبُ تبعًا لأبيه، وتَكُونُ أكسابُه كسْبًا للأبِ، فإذا ماتَ المُكَاتَبُ يسعَىٰ ولدُه علىٰ نجومِه وخَلَفَه في الأداءِ، كأنَّهُ ماتَ وترَكَ مالًا فيُؤَدِّيه الولدُ، ولكنْ علىٰ تلكَ النجومِ؛ لأنَّ حقَّ الكِتَابَةِ لَمَّا ثبتَ في الولدِ بطريقِ السِّرَايَةِ فيه؛ ثبتَ لهُ الحقُّ علىٰ الوجهِ الذي ثبتَ لأبيه، فكانَ التأجيلُ ثابتًا لأبيه، فيَثْبُت لهُ أيضًا، فلَا يسْقُطُ التأجيلُ بموتِ الأبِ، بخلافِ الحُرِّ إذا ماتَ وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ يَحِلُّ؛ لأنَّ حقَّ التأجيلِ لمْ يَثْبُتِ للوارثِ.

ثُمَّ إذا أَدَّىٰ الولدُ حُكِمَ بعِتْقِ الأبِ والولدِ جميعًا لوجودِ شَرْطِ العتقِ، وهوَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَّةً، أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا يُؤَدِّيهِ إِلَى أَجَلِهِ؛ اِعْتِبَارًا بِالْوَلَدِ الْمَوْلُودِ فِي

غاية البيان

الأداءُ بطريقِ الاستنادِ إلى [آخرِ][1] جزءٍ من أجزاءِ حياتِه، ومِثْلُ هذا ليسَ بمُمْتَنعٍ، أَلَا ترى أنَّ مَن حفَر بئرًا على قارعةِ الطريقِ، ثُمَّ ماتَ عن عبْدٍ لَا مالَ لهُ غيرَه، فأعتقَه الوارثُ، ثُمَّ ماتَ فيها إنسانٌ؛ يَضْمَنُ الوارثُ قِيمَةَ العبدِ كأنَّهُ أتلفَه بعدَ ثبوتِ الجنايةِ.

قولُه: (وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًى قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الْكِتَابَةَ حَالَّةً، أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصرِه»[2]، وهذا الذي ذكرَه قولُ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وعندَهما: يُؤَدِّيها إلى أجَلِه كالمولودِ في الكِتَابَةِ[3].

وقالَ [٦/٣٩٨و/م] الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «مختصر الكافي»: «وإذا ماتَ المُكَاتَبُ عنْ غيرِ وفاءٍ، وترَكَ أباه، أو أُمَّه، أوْ وَلَدَه، وكان اشتراهم في المُكَاتَبَةِ؛ فإنَّهم يُباعون في المُكَاتَبَةِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، إلَّا أنَّه قالَ في الولدِ خاصةً: إنْ جاءَ بالمكاتبةِ[4] حالَّةً؛ قُبِلَتْ منه وعَتَقَ، وأمَّا في قولِ أبي يوسفَ ومحمدٍ ﷺ: فإنَّهم وكُلَّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ] منه اشتراهم يَسْعون في المُكَاتَبَةِ على نُجومِها»[5].

إلى هنا لفظُ «الكافي».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

(٣) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٢١١/٩]، «الجوهرة النيرة» [١٩٨/٢]، «تكملة فتح القدير» [٢١١/٩]، «مجمع الضمانات» [ص/٤٤٢]، «تكملة البحر الرائق» [٥٦/٨]، «الفتاوى الهندية» [١٢/٥]، «اللباب في شرح الكتاب» [١٣٢/٣].

(٤) وقع بالأصل: «إن جاء في المكاتبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«ع»، و«س».

(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٩٩].

الْكِتَابَةِ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ تَكَاتَبَ عَلَيْهِ تَبعًا لَهُ وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ إِكْسَابِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ أَنَّ الْأَجَلَ يَثْبُتُ شَرْطًا فِي

غاية البيان

وقالَ صدْرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ رحمه الله في «شرحِ الكافي»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: إذا جاءَ الولدُ بالمكاتبةِ حالَّةً تُقْبَلُ منه ويَعْتِقُ. ولَمْ يَقُلْ: إنَّ الأبَ أوِ الأُمَّ إذا جاءا ببدلِ الكِتَابَةِ كيفَ الجوابُ؟ ويجبُ أنْ يَكُونَ الجوابُ في ذلكَ كلِّه سواءً». إلىٰ هنا لَفْظُه رحمه الله.

ثُمَّ الولدُ المشتَرىٰ في الكِتَابَة هل يَتَكاتَبُ عليه؟ فيه روايتان، ذكرناهما عن «الأجناسِ» في أولِ الفصلِ الذي بعدَ بابِ ما يَجُوزُ للمُكَاتَبِ أنْ يفْعَلَه.

وَجْهُ قولِهما: ظاهرٌ؛ لأنَّ المشترىٰ في الكِتَابَةِ يَتَكاتَبُ علىٰ أَصْلِهما كالمولودِ فيها، ثُمَّ يسعىٰ المولودُ علىٰ نجومِ أبيه، فكذلكَ المشترىٰ، أَلَا ترىٰ أنَّ المولىٰ يَمْلِكُ إعتاقَ المشتَرىٰ بالاتفاقِ.

فَعُلِمَ: أنَّه مُلْحَق بالولدِ المولودِ في الكِتَابَةِ لَا بالأكسابِ التي لَا يَصِحُّ تصرُّفُ المولىٰ فيها.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنَّ المولودَ المشتَرىٰ لم يَثْبُتْ فيه حُكْمُ الكِتَابَةِ بطريقِ السِّرَايَةِ منَ الأصلِ؛ لعدمِ إمكانِ السِّرَايَةِ؛ لأنَّه منفصلٌ عنِ الأصلِ حالَةَ العقدِ، والمعلَّقُ بالشرطِ: حُرِّيَّةُ الأصلِ دونَ الولدِ، إلَّا أنَّ الولدَ المولودَ في الكِتَابَةِ تَثْبُتُ فيه الكِتَابَةُ بطريقِ السِّرَايَةِ؛ لأنَّه مِنْ أجزاءِ الأصلِ، وقدْ انفصلَ علىٰ صفتِه.

فلَمَّا سرَىٰ إليه الكِتَابَةُ سعىٰ علىٰ نجومِ الأصلِ، فظهَرَ الفرقُ بينَ الولدِ المشترىٰ، والمولودِ في الكِتَابَةِ، ولكنَّ الولدَ المشترىٰ إذا جاءَ ببدلِ الكِتَابَةِ حالًّا قُبِلَ منه وعَتَقَ؛ لأنَّه مِن أكسابِ الأصلِ، وجُعِلَ أداؤُه كأدائِه.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ رحمه الله في «شرحِ الطحاويِّ»: «وإذا وُلِدَ للمُكَاتَبِ ولَدٌ

الْعَقْدِ فَيَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ دَخَلَ تَحْتَ الْعَقْدِ وَالْمُشْتَرِىٰ لَمْ يَدْخُلْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُضِفْ إِلَيْهِ الْعَقْدَ وَلَا سَرَىٰ حُكْمُهُ إِلَيْهِ لِانْفِصَالِهِ، بِخِلَافِ الْمَوْلُودِ فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقْتَ الْكِتَابَةِ فَيَسْرِي الْحُكْمُ إِلَيْهِ وَحَيْثُ دَخَلَ فِي حُكْمِهِ سَعَىٰ فِي نُجُومِهِ.

غاية البيان

مِن امرأةٍ ابتاعها ؛ كانَ كسْبُه لأبيه، وعَتَقَ بعَتاقِ أبيه».

ثُمَّ قالَ: «الولدُ المولودُ في الكِتَابَةِ يَدْخُلُ في الكِتَابَةِ، وكذلكَ الولدُ المشترىٰ يَدْخُلُ في الكِتَابَةِ، وللمولىٰ أنْ يُطالِبَ الأصلَ دونَ [٢/٥٥٩ظ] الولدِ ؛ لأنَّ الولدَ لم يَدْخُلْ قصْدًا، وإنَّما يَدْخُلُ تبعًا، فليسَ لهُ أنْ يُطالبَه عندَ قيامِ المتبوعِ، ومالُ الولدِ مِن كَسْبِ الأبِ والأُمِّ، فله أنْ يُؤدِّيَ الكِتَابَةَ مِن كَسْبِ الولدِ، وإذا أدَّىٰ عَتَقَ وعَتَقَ الولدُ.

[٦/٣٩٨ظ/م] ولوْ ماتَ قبْلَ الأداءِ عنْ مالٍ أوْ غيرِ مالٍ ؛ فالولدُ المولودُ يقومُ مقامَه، ويسْعَىٰ على النجومِ كالأبِ، وإذا أدَّىٰ حُكِمَ بعِتْقِه، وعَتَقَ الأبُ والأُمُّ، ويرثُ مِنَ الأبِ أوِ الأُمِّ، وأمَّا الولدُ المشترَىٰ وإنْ سفَلَ، أوِ الوالِدان وإنْ علَوْا ؛ اشترَاهم المُكَاتَبُ، يدخلونَ في المُكَاتَبَةِ سواءٌ إلَّا في فصْلٍ واحدٍ، وهوَ أنَّه إذا ماتَ عن غيرِ مالٍ يُقَالُ لهم: إما أنْ تُؤدُّوا الكِتَابَةَ حالًّا، وإلا ردَدْناكم في الرِّقِّ.

وأمَّا ما سوىٰ الوَالِدَيْنِ والمولودِين مِن ذوي الرَّحِمِ المَحْرَمِ، كالأخِ والعمِّ ونحوهما ؛ لَا يَدْخُلُونَ في الكِتَابَةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندَهما: يَدْخُلُونَ.

وعلىٰ قولِهما: الولدُ المولودُ والمشترَىٰ والوالدانِ وذو الرَّحِمِ المَحْرَمِ كلُّهم سواءٌ يسْعونَ علىٰ النجومِ، وأصَّلَا في ذلكَ أصْلًا وقالا: كلُّ مَنْ مَلَكَه الحُرُّ يَعْتِقُ، فإذا ملَكَه المُكَاتَبُ تَكاتبَ عليه ويقومُ مقامَه، وكلُّ مَنِ اشتراه الحُرُّ يَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له، فإذا اشترَاه المُكَاتَبُ صارَتْ[1] أُمَّ ولدٍ له»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ ﷺ.

(١) وقع بالأصل: «صار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/٤٥٤].

فَإِنِ اشْتَرَىٰ ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً؛ وَرِثَهُ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبِيهِ فِي الْكِتَابَةِ فَيَكُونُ هَذَا حُرًّا يَرِثُ عَنْ حُرٍّ وكذلك إن كَانَ هُوَ وابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعٌ لِأَبِيهِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا

غاية البيان

قولُه: (فَإِنِ اشْتَرَىٰ ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً؛ وَرِثَهُ ابْنُهُ)، وهذهِ مِنْ مسائلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في المُكَاتَبِ يشتري ابنَه ثُمَّ يموتُ ويتْرُكُ وفاءً، قالَ: يَرِثُه، وكذلكَ إنْ كانَ هوَ وابنُه مُكاتَبينِ كِتَابةً واحدةً؛ ورثَه أيضًا»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ»، وذلكَ لأنَّه لَمَّا اشترىٰ ابنَه دخَل في كتابتِه، فلَمَّا أُدِّيَ بدلُ الكِتَابَةِ عَتَقَ المُكَاتَبُ في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياتِه بطريقِ الاستنادِ؛ لأنَّ الميتَ ليسَ بمحلٍّ للإعتاقِ، وعَتَقَ أيضًا ابنُه بعَتَاقِه مِن ذلكَ الوقتِ، فثبَتَتِ الحُرِّيَّةُ في الابنِ حينَ موْتِ أبيه فيرثُه، وكذلكَ إذا كانَ الابنُ مُكاتبًا معه يرثُه أيضًا إذا أُدِّيَتِ الكِتَابَةُ؛ لأنَّه إذا كانَ صغيرًا كانَ تبعًا لأبيه، فعتَقَ بعَتاقِ أبيه، وإذا كانَ كبيرًا فكذلكَ؛ لأنهما جُعِلا كشخصٍ واحدٍ لاتحادِ العقدِ، فيَعْتِقانِ معًا فيرثُه؛ لأنَّه ماتَ عنْ ولدٍ حُرٍّ.

أمَّا إذا كانَ الابنُ مُكاتبًا بعَقْدٍ علىٰ حِدَةٍ؛ لمْ يرثِ الابنُ منه شيئًا، نصَّ عليه الحاكمُ الشهيدُ في أوَّلِ بابِ المُكَاتَبِ مِن «مختصرِ الكافي»[2]، وكذلكَ نصَّ في بابِ مِيرَاثِ المُكَاتَبِ أيضًا، وذلكَ لأنَّ الابنَ إذا كانَ مكاتبًا علىٰ حِدَةٍ لَا يَعْتِقُ بعَتَاقِ أبيه، بلْ يَعْتِقُ بأدائِه، فتأخَّرَ عِتْقُه عن عِتقِ أبيه إلىٰ وَقْتِ الأداءِ، فَيَتَعَيَّنُ أنَّه كانَ عبدًا في حالِ موتِ أبيه، فلَا يَرِثُ؛ لأنَّ الرِّقَّ مانعٌ مِنَ الإرثِ كالكفرِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٨].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٨].

كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ الْأَبِ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تلكَ الْحَالَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ [١٣٤/و]، وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ، فَجَنَىٰ الْوَلَدُ، فَقُضِيَ بِهِ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْأُمِّ؛ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَضَاءَ يُقَرِّرُ حُكْمَ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّتِهَا إِلْحَاقَ الْوَلَدِ بِمَوَالِي الْأُمِّ وَإِيجَابَ الْعَقْلِ عَلَيْهِمْ، لَكِنْ عَلَىٰ وَجْهٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ فَيَنْجَرُّ الْوَلَاءُ إِلَىٰ مَوَالِي الْأَبِ، وَالْقَضَاءُ بِمَا يُقَرِّرُ حُكْمَهُ لَا يَكُونُ تَعْجِيزًا.

غاية البيان

[٣٩٩/٦و/م] قولُه: (يُحْكَمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تلكَ الْحَالَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ)، أي: يُحَكَّمُ بحريةِ الولدِ في حالةِ حُرِّيَّةِ الأبِ، وتلك الحالةُ ما قبْلَ الموتِ، وأشارَ بقولِه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إلىٰ قولِه: (تُسْنَدُ الْحُرِّيَّةُ بِإِسْنَادِ سَبَبِ الْأَدَاءِ)، إلىٰ ما قبْلَ الموتِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ، وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ، فَجَنَىٰ الْوَلَدُ، فَقُضِيَ بِهِ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الْأُمِّ؛ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً بِعَجْزِ الْمُكَاتَبِ)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنيفَةَ ﷺ: في المُكَاتَبِ يَكُونُ لهُ الولدُ مِنَ الحُرَّةِ، فيموتُ المُكَاتَبُ ويتْرُك دَيْنًا وفاءً بمُكاتبتِه، فيَجْنِي الولدُ جنايةً، فقضَىٰ بها القاضي علىٰ عاقلةِ الأُمِّ، قالَ: ليسَ هذا بقضاءٍ مِنَ القاضي بعَجْزِ المُكَاتَبِ، وإنْ كانَ موالي الأبِ ومَوالي الأُمِّ اختصموا في ولايةٍ، فقضَىٰ بهِ القاضي لموالي الأُمِّ؛ كانَ هذا [٥٦٠/٢و] قضاءً منه بعجزِ المُكَاتَبِ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في «مختصرِ الكافي»: «وإذا ماتَ المُكَاتَبُ وله

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩].

وَإِنْ اِخْتَصَمَ مَوَالِي الْأُمِّ وَمَوَالِي الْأَبِ فِي وَلَائِهِ فَقُضِيَ بِهِ لِمُوَالِي الْأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالْعَجْزِ؛ لِأَنَّ هَذَا اِخْتِلَافٌ فِي الْوَلَاءِ مَقْصُودًا، وَذَلِكَ يَبْتَنِي عَلَىٰ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الْوَلَاءُ عَلَىٰ مَوَالِي الْأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الْأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانْتَقَلَ الْوَلَاءُ إِلَىٰ مَوَالِي الْأَبِ، وَهَذَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيُنَفَّذُ مَا يُلَاقِيهُ مِنْ الْقَضَاءِ فَلِهَذَا كَانَ تَعْجِيزًا.

غاية البيان

ديونٌ على الناسِ، وترَكَ ولدًا حُرًّا؛ فهوَ مولى لموالي[1] الأُمِّ ما لم يَخْرُجِ الدَّيْن فيُؤَدُّوا المُكَاتَبَةَ، فإذا أُدِّيَتْ رَجَعَ ولاءُ الولدِ إلىٰ موالي الأبِ، ولم يَرْجِعْ موالي الأُمِّ بما عَقلُوا عنه بعدَ وفاتِه.

وإنْ ماتَ الولدُ بعدَ موتِه قبْلَ خروجِ الدَّيْنِ، فاختصمَ موالي الأبِ وموالي الأُمِّ في ميراثِه، فقُضِيَ بهِ لموالي الأُمِّ؛ بطلَتِ الكِتَابَةُ، فإنْ خرجَ الدَّيْنُ؛ كانَ ميراثًا للمولىٰ عنْ عَبْدِه»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ رحمه الله.

والفرقُ بين الفصْلَيْنِ: أنَّ في المسألةِ الأُوْلَىٰ قرَّر القاضي حُكْمَ الكِتَابَة، حيثُ قضَىٰ بالعَقْلِ علىٰ عاقلةِ الأُمِّ؛ لأنَّ حُكْمَ بقاءِ الكِتَابَةِ: أنْ يَكُونَ الوَلَاءُ لموالي الأُمِّ؛ لأنَّه تعَذَّرَ إثباتُه في موالي الأَبِّ؛ لأنَّه لَمْ يَعْتِقْ بَعْدُ.

والقضاءُ بتقريرِ حُكْمِ الكِتَابَةِ لَا يَكُونُ قضاءً بفَسْخِها، ولكنْ إلحاقُ الوَلَاءِ بموالي الأُمِّ، لَا بسبيلِ الاستقرارِ، بلْ علىٰ احتمالِ أنْ يَعْتِقَ الأبُ، فيُجَرَّ الوَلَاءُ إلىٰ مَواليه، فإذا خرَجَ الدَّيْنُ، وأُدِّيَتِ الكتابةُ؛ انتقَلَ الولاءُ إلىٰ موالي الأُبِ؛ لأنَّه عَتَقَ ولم يَرْجِعْ موالي الأُمِّ بما عَقلُوا علىٰ موالي الأبِ؛ لأنَّ الوَلَاءَ انتقَلَ إليهم بعدَ الموتِ لَا قبْلَه.

---

(١) وقع بالأصل: «المولى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٠].

قَالَ: وَمَا أَدَّىٰ الْمُكَاتَبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَىٰ مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ؛ فهوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَىٰ لِتَبَدُّلِ المِلْكِ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالْمَوْلَىٰ عِوَضًا عَنْ الْعَيْنِ(١)، وَإِلَيْهِ وَقَعَتْ الْإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بُرَيرَةَ ﵂: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»

غاية البيان

وأمَّا إذا ماتَ الابنُ بعدَ موتِ المُكَاتَبِ فاختصمَ موالي الأبِ وموالي الأُمِّ في ميراثِه، فقضَىٰ القاضي بالولاءِ لموالي الأُمِّ؛ كانَ ذلكَ القضاءُ فسْخًا للكِتَابَةِ؛ لأنَّ خصومتَهم وقعَتْ في بقاءِ الكِتَابَةِ وانتقاضِها، ولا يستقرُّ الوَلَاءُ لأحدِ المولَيَيْنِ إلَّا بناءً علىٰ ذلكَ إنْ بَقِيَتْ وأُدِّيَتِ الكِتَابَةُ وعَتَقَ الأبُ؛ كانَ الوَلَاءُ لمواليه، وإنْ انتقضَتْ كانَ الوَلَاءُ لموالي الأُمِّ.

فموالي الأُمِّ يَقُولُونَ: انتقضَتْ حيثُ اعتقدوا أنَّ المُكَاتَبَ ماتَ [٦/٣٩٩ظ/م] عبدًا، وهوَ مذهبُ بعضِ الصحابةِ إذا ماتَ المُكَاتَبُ عن وفاءٍ، وموالي الأبِ يَقُولُونَ: بقِيَتْ، حيثُ اعتقدوا: أنَّ المُكَاتَبَ ماتَ حُرًّا، كما هوَ [مذهبُ](٢) بعضِ الصحابةِ رضي الله عنهم أجمعينَ، وانتقَل الوَلَاءُ إلينا بحُريتِه، ثُمَّ إذا قضىٰ القاضي بالولاءِ لموالي الأُمِّ؛ وقَعَ ذلكَ في فصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه فنَفَذَ، فكانَ القضاءُ تعجيزًا، ثُمَّ إذا خرَجَ الدَّيْنُ كانَ للمولىٰ؛ لأنَّه كَسْبُ عَبْدِه.

قولُه: (قَالَ: وَمَا أَدَّىٰ الْمُكَاتَبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إلىٰ مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ؛ فهوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَىٰ)، أي: قالَ في **«الجامعِ الصغيرِ»**.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﵃: في المُكَاتَبِ يُؤَدِّي إلىٰ مولاه مِنَ الصدقاتِ، ثُمَّ يعْجزُ والمالُ في يدي مولاه، قالَ: هوَ لهُ طَيِّبٌ يَأْكُلُه»(٣). إلىٰ هنا لفظُ أصلِ **«الجامعِ الصغيرِ»**.

(١) في حاشية الأصل: «خ: العتق».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩].

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالْهَاشِمِيِّ، لِأَنَّ الْمُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَى مِلْكِ الْمُبِيحِ، وَنَظِيرُهُ الْمُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لَا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ يَطِيبُ، وَلَوْ عَجَزَ قَبْلَ الْأَدَاءِ إِلَى الْمَوْلَى فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ بِالْعَجْزِ عِنْدَهُ يَتَبَدَّلُ الْمِلْكُ عِنْدَهُ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله،

غاية البيان

وذلكَ لأنَّ تبدُّلَ سببِ المِلْكِ جارٍ مَجْرَى تبدُّل العينِ، أَلَا ترىٰ إلىٰ ما رَوَىٰ البُخَارِيُّ بإسنادِه إلىٰ أَنَسٍ رضي الله عنه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِلَحْمٍ تُصُدِّقَ بهِ عَلَىٰ بَرِيرَةَ، فقالَ: «**هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ**»[1]، وفي روايةِ عَائِشَةَ رضي الله عنها عنِ النَّبِيِّ ﷺ: «**هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ**»[2].

والمعنىٰ في ذلكَ: أنَّ الخبثَ باعتبارِ أنَّه مِنْ أوساخِ الناسِ، لَا لعَيْنِ المالِ، وكانَ الخُبْثُ في الجهةِ، وهي جهةُ المسألةِ مع الغُنْيَةِ، فَلَمْ يَبْقَ معنىٰ الوسَخِ بتبدُّلِ السببِ؛ لأنَّ المولىٰ يتناوَلُه بجهةٍ غيرِ الجهةِ التي تناوَلَه المُكَاتَبُ؛ لأنَّ المولىٰ يأخُذُه علىٰ أنَّه بدلُ الكِتَابَةِ، لَا علىٰ أنَّه صَدَقَةٌ.

قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: وهذا بخلافِ الفقيرِ إذا أباحَ للغَنِيِّ والهاشِمِيِّ عيْنَ ما أَخَذَه مِن مالِ الزَّكَاةِ مِنَ الطعامِ: أَنَّه لَا يَحِلُّ لهُ تناوُلُه؛ لأنَّ المِلْكَ لم يتبدَّلْ؛ لأنَّ المباحَ لهُ يتناوَلُه علىٰ مِلْكِ المُبِيحِ.

ونظيرُه: ما ذكرَ في كتابِ «**المأذونِ**» في رَجُلٍ اشترىٰ طعامًا مأكولًا بيعًا فاسدًا: أنَّه لَا يَحِلُّ [٢/٥٦٠ظ] له تناوُلُه، وإنْ أباحَه لغيرِه؛ لم يَحِلَّ للمباحِ لهُ أيضًا،

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب إذا تحولت الصدقة [رقم/١٤٢٤]، وغيره من حديث: أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) هذا جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب الصدقة علىٰ موالي أزواج النبي ﷺ [رقم/١٤٢٢]، ومسلم في «صحيحه» في كتاب العتق/ باب إنما الوَلَاء لمن أعتق [رقم/١٥٠٤]، وغيرهما من حديث: عائشة رضي الله عنها.

وَإِنْ كَانَ بِالْعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكَ الْمَوْلَىٰ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا خَبَثَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِنَّمَا الْخَبَثُ فِي فِعْلِ الْآخِذِ لِكَوْنِهِ إِذْلَالًا بِهِ.

غاية البيان

فإنْ باعَه بيعًا صحيحًا أوْ وَهبَه؛ يَحِلُّ للثاني لتبدُّلِ المِلْكِ، فكذا هنا قياسًا على تلكَ المسألةِ، وإنْ لم يُذْكرْ في «المبسوطِ»، فبالعجزِ لم يَبْطُلِ الأداءُ السابقُ، فلَمْ يَبْطُلْ ما تعلَّقَ بهِ أيضًا، فحلَّ للمولىٰ تناوُله، هذا إذا عجزَ بعدَ الأداءِ.

فإنْ عجزَ قبْلَ الأداءِ وفي[1] يدِه صدقاتٌ مِنَ الزَّكَاةِ، هل يَحِلُّ تناولُه للمولىٰ إذا كانَ غَنِيًّا أو هاشِميًّا؟ لم يَذْكُرْ حُكْمَه في «الجامعِ الصغيرِ»، وذكرَ في آخرِ ضَمَانِ المُكَاتَبِ مِنْ كتابِ المُكَاتَبِ: أنَّه يَحِلُّ في الوجهَيْنِ جميعًا.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله **في «مختصرِ الكافي»**: «وإذا تُصُدِّقَ على المُكَاتَبِ بصدقةٍ، فقضَىٰ منها المُكَاتَبَةَ، أوْ لَمْ يَكُنْ فيها وفاءٌ، فعجزَ عنِ المُكَاتَبَةِ والصَّدَقَةُ في يدِه، قالَ: هيَ طَيِّبَةٌ للمولىٰ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ الحاكمِ رحمه الله.

قالُوا: هذا لَا يُشْكِلُ علىٰ قولِ محمدٍ رحمه الله: إنَّه يَحِلُّ للمولىٰ؛ لأنَّ المذهبَ عندَه: أنَّه إذا عجزَ المُكَاتَبُ ملَكَ المولىٰ أكسابَه مِلْكًا مبتدأً، ولذلكَ أوجبَ نقْضَ [٦/٤٠٠و/م] الْإِجَارَةِ إذا آجَرَ المُكَاتَبُ أَمَتَه ظِئْرًا ثُمَّ عجزَ.

وأمَّا عندَ أبي يوسفَ رضي الله عنه: لَا يَطِيبُ له؛ لأنَّ المُكَاتَبَ إذا عجزَ يتأكَّدُ حقُّ المولىٰ في أكسابِه، ويصيرُ المُكَاتَبُ فيما مضىٰ كالعبدِ المأذونِ، فيَصِيرُ كأنَّ الصَّدَقَةَ وقعَتْ للمولىٰ مِنَ الأصلِ، فلَا يَحِلُّ لهُ.

وقالَ بعضُ مشايخِنا رحمهم الله: أنَّها تَحِلُّ للمولىٰ علىٰ القولَيْنِ عمَلًا بظاهرِ جوابِ الكتابِ، وهوَ الأصحُّ، ويُشْبِهُ ذلكَ بابنِ السبيلِ إذا أَخَذ الزَّكَاةَ، ثُمَّ وصَلَ إلىٰ مالِه

(١) وقع بالأصل: «أو في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ج»، و«غ»، و«س».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١١٠].

وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِلْغَنِيِّ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ وَلِلْهَاشِمِيِّ لِزِيَادَةِ حُرْمَتِهِ وَالْأَخْذُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الْمَوْلَى وَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَى وَطَنِهِ وَالْفَقِيرِ إِذَا اِسْتَغْنَى وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنْ الصَّدَقَةِ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَى هَذَا إِذَا أُعْتِقَ الْمُكَاتَبُ وَاسْتَغْنَى يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ مِنْ الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

وأهلِه؛ لَا بأسَ بأنْ يتناوَلَ مِن تلكَ الصَّدَقةِ، وكذلكَ الفقيرُ إذا تُصُدِّقَ عليه ثُمَّ استغنَى؛ لَا بأسَ بأنْ يَتَنَاوَلُ من تلكَ الصَّدَقةِ، وكذلكَ الفقيرُ إذا ماتَ وترَكَ صدقاتٍ؛ يَحِلُّ لوارثِه وإنْ كانَ غنيًّا، ولكنْ لَا نصَّ هنا على التفصيلِ عنْ أبي يوسفَ رضي الله عنه. كذا قالَ فخرُ الإسلامِ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ رحمه الله.

فأَمَّا إذا عتَقَ المُكَاتَبُ: يَحِلُّ لهُ ما في يدِه مِنَ الزكوَاتِ اتفاقًا، ذكَره في كتابِ المُكَاتَبِ؛ لأنَّ ما أخذَه لَمْ يَكُنْ مُغْنِيًا، فإذا كانَ مُغْنِيًا بعدَ العَتَاقِ؛ حلَّ لهُ أيضًا؛ لأنَّ السببَ السابقَ لَا يَبْطُلُ كابنِ السبيلِ إذا وصَلَ إلى مالِه، ثُمَّ على القولِ الذي لَا يَطِيبُ للمولى تناوُلُه بعد عَجْزِ المُكَاتَبِ، هل يَلْزَمُه رَدُّه؟

قالَ فخرُ الإسلامِ: «لا يَلْزَمُه رَدُّه، وإنْ كانَ لَا يُجْزِئُ الذي أَدَّى عما أَدَّى؛ لأنَّ فسادَ جهةِ الزَّكَاةِ لَا يَنْقُضُ الأداءَ، أَلَا ترى أنَّ عندَ أبي يوسفَ رحمه الله: إذا أَدَّى رَجُلٌ زكاةَ مالِه إلى ولدِه، أوِ إلى غَنِيٍّ، ولم يعْلَمْ به، ثُمَّ علِمَ؛ لَا يُجْزِئُه، ولا يَرُدُّه.

وكذا إذا أَدَّى إلى مُكاتَبِه ولم يَعْلَمْ؛ لم يُجْزِئْه بالإجماعِ، ولم يكنْ لهُ حقُّ الاستردادِ، فكذلكَ هاهنا لَا يَلْزَمُه الردُّ، لكنْ يتصَدَّقُ بهِ على الفقراءِ، فإنْ رَدَّه على الأَوَّلِ؛ وجَبَ أنْ يَصِحَّ، ويَخْرُجُ عن عُهْدَتِه فقيرًا كانَ المردودُ عليه أوْ غنيًّا»(١).

نَظِيرُه: رَجُل غصَبَ شيئًا فآجَرَه، فأخَذَ مِنْ أُجرتِه أنَّ ذلكَ لهُ، ويَتَصَدَّقُ بهِ، فإنْ رَدَّهُ على المَغْصُوبِ منه بَرِئَ عن عُهْدَتِه فقيرًا كانَ المردودُ عليه أوْ غنيًّا.

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٨٠].

قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ، فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَإِنَّهُ يُدْفَعُ أَوْ يُفْدَى؛ لِأَنَّ هَذَا مُوجِبُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ وَلَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ عِنْدَ الْكِتَابَةِ حَتَّى يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ [١٣٤/ظ] إِلَّا أَنَّ الْكِتَابَةَ مَانِعَةٌ مِنَ الدَّفْعِ، فَإِذَا زَالَ عَادَ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ.

وَكَذَا إِذَا جَنَى الْمُكَاتَبُ وَلَمْ يَقْضِ بِهِ حَتَّى عَجَزَ لِمَا بَيَّنَّا مِنْ زَوَالِ الْمَانِعِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ، فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ؛ فَإِنَّهُ يُدْفَعُ أَوْ يُفْدَى)، أي: قالَ في «الجامعِ الصغيرِ».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عنْ يعقوبَ عنْ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في عبْدٍ جَنَى جنايةً، فكاتَبه مولاه، ولا يعْلمُ، ثُمَّ عجزَ، قالَ: يُقالُ للمولى: ادفَعْ أوِ افْدِه، وإنْ جَنَى وهوَ مُكَاتَبٌ، ثُمَّ عجزَ قبْلَ أن يُقْضَى عليه بشيءٍ؛ دفعَه مولاه أوْ فَدَاه، وإن قُضِيَ عليه بالجنايةِ، ثُمَّ عجزَ؛ كانَ دَيْنًا يُباعُ فيه، رجعَ أبو يوسفَ إلى هذا»[1]. هذا لفظُ أصلِ «الجامعِ الصغيرِ».

وقالَ الحاكمُ الشهيدُ ﷺ في بابِ جنايةِ رقيقِ المُكَاتَبِ مِن «مختصرِ الكافي»: «وإنْ جَنَى جنايةً، ثُمَّ عجزَ قبْلَ أنْ يُقْضَى بها عليه دفعَه مولاه بها أوْ فَدَاه، وإنْ قُضِيَ عليه بِالسِّعَايَةِ ثُمَّ عجزَ؛ فهوَ دَيْنٌ في عنقِه يُباعُ فيه».

قالَ الحاكمُ [٤٠٠/٦ظ/م] أبو الفضلِ ﷺ: «وذكرَ في كتابِ الجِنَايَاتِ: أنَّ أبا يوسفَ كانَ يَقُولُ مرةً: إذا عجزَ فالجنايةُ في عُنقِه، وإنْ لَمْ يَكُنْ قُضِيَ بها»[2]. إلى [٥٦١/٢و] هنا لفظُ الحاكمِ، وذلكَ لأنَّ المولى لَمَّا لمْ يعْلَمْ بجنايةِ العبدِ، لم يَصِرْ مختارًا للفداءِ بِالكِتَابَةِ، ولكنِ الكِتَابَةُ مانعةٌ مِنَ الدفعِ، فيَغْرَمُ الأقلَّ مِنْ قيمتِه ومِنْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٥٩].
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٠٠].

وَإِنْ قَضَىٰ بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عجز فَهُوَ دَيْنٌ يُبَاعُ فِيهِ ؛ لِانْتِقَالِ الْحَقِّ مِنَ الرَّقَبَةِ إِلَىٰ قِيمَتِهِ بِالْقَضَاءِ.

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَدْ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلاً يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْقَضَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ الْكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقْتَ الْجِنَايَةِ، فكَمَا وَقَعَتْ اِنْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيمَةِ كَمَا فِي جِنَاية الْمُدبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ.

غاية البيان

أَرْشِ الجنايةِ. كذا قالَ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله.

ثُمَّ إذا عجزَ المُكَاتَبُ زالَ المانعُ مِنَ الدفعِ، وهوَ الكِتَابَةُ، وصارَ كالعبدِ الجاني خطأً، فالحُكْمُ فيه الدفعُ أوِ الفداءُ، فإذا جَنَىٰ المُكَاتَبُ خطأً، فقضَىٰ القاضي عليه بالسِّعَايَةِ فيها ثُمَّ عجزَ ؛ تَكُونُ قيمتُه دَيْنًا عليه يُباعُ فيه ؛ لأنَّ الحقَّ انتقَلَ بقضاءِ القاضي مِنَ العبدِ إلىٰ القِيمَةِ، فلَا يعودُ بعدَ ذلكَ بالعجزِ.

فأَمَّا إذا جَنَىٰ المُكَاتَبُ، ولَمْ يُقْضَ عليه بِالقِيمَةِ ثُمَّ عجزَ ؛ دفَعَه مولاه أوْ فَدَاه، وهوَ قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ رحمهما الله، وهوَ قولُ أبي يوسفَ آخرًا، وقولُ أبي يوسفَ الأولُ، وهوَ قولُ زُفَرَ رحمهما الله: أنَّه إذا عجزَ قبْلَ القضاءِ يُباع فيه أيضًا.

وحاصلُ ذلكَ: ما قالُوا في «شروحِ الجامعِ الصغيرِ»: إنَّ جنايةَ المُكَاتَبِ لَا تَصِيرُ مالًا إلَّا بالقضاءِ، أو بالصلحِ عن رضًا، أو بالموتِ عن وفاءٍ، وعند زُفَرَ: يَصِيرُ مالًا في الحالِ، وهوَ قولُ أبي يوسفَ أوّلًا.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ رحمه الله: أنَّ المانعَ مِنَ الدفعِ ـ وهو الكِتَابَةُ ـ قائمٌ للحالِ، فانعقدَتْ جنايتُه موجبةً للمالِ في الحالِ كجنايةِ المُدبَّرِ، إلَّا أنَّ حُكْمَ جنايةِ المُدبَّرِ وجوبُ القِيمَةِ علىٰ المولىٰ ؛ لأنَّ كَسْبَه مِلْكُ المولىٰ، وحُكْمُ جنايةِ المُكَاتَبِ علىٰ المُكَاتَبِ ؛ لأنَّ كَسْبَه مِلْكُه.

وَلَنَا: أَنَّ الْمَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ وَلَمْ يَثْبُتْ الِانْتِقَالُ فِي الْحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْقَضَاءِ أَوْ الرِّضَا وَصَارَ كَالْعَبْدِ الْمَبِيعِ إِذَا أَبَقَ قَبْلَ الْقَبْضِ يَتَوَقَّفُ الْفَسْخُ عَلَى الْقَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، كَذَا هَذَا، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالَ بِحَالٍ.

قَالَ: **وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى الْمُكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخ الْكِتَابَةُ**؛ كَيْلَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الْمُكَاتَبِ، إِذْ الْكِتَابَةُ سَبَبُ الْحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ الْمَرْءِ حَقُّهُ.

غاية البيان

ولنا: أنَّ الأصلَ في جناياتِ العبيدِ دَفْعُ الرَّقَبَةِ، إلَّا إذا تعذَّر التَّسْلِيمُ، ودليلُ التعذُّرِ هنا مُترَدِّدٌ ليسَ بمُسْتقرٍّ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ قابلةٌ لِلْفَسْخِ والزوالِ، فلَا ينتَقِلُ الحُكْمُ الأصليُّ إلى القِيمَةِ إلَّا بالقضاءِ أوِ الرضا، كالعبدِ المَبِيعِ إذا أَبَقَ قبْلَ القبضِ؛ لَا يُحْكَمُ بانفساخِ العقدِ إلَّا بالقضاءِ؛ لترَدُّد الحالِ، فكذلكَ هنا، بخلافِ المُدَبَّرِ وأُمِّ الولدِ، فإنَّ المانعَ ثابتٌ على القرارِ بلَا توقُّفٍ، ولا ترَدُّدٍ، فوَجَبَ القِيمَةُ في الحالِ.

وقالَ الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﷺ في كتابِ الجِنَايَاتِ مِن «**مختصرِه**»: «وجنايةُ المُكَاتَبِ على نفسِه دونَ سيدِه ودونَ العاقلةِ؛ يُحْكَمُ عليه بالأقلِّ مِنْ قيمتِه ومِنْ أرْشِ الجنايةِ، فإذا حَكَمَ الحاكمُ عليه صارَتْ دَيْنًا عليه، وسقطَتْ مِن رقبتِه.

وما لَمْ يَحْكُمِ الحاكمُ فهوَ في رقبتِه، لوْ عجزَ بعدَ الحُكْمِ باعَه الحاكمُ في دَيْنِه، وإنْ عجزَ قبْلَ الحُكْمِ قيلَ للمولى: ادفعْه أو افْدِه بأَرْشِ الجنايةِ. فأَمَّا إذا حَكَمَ: فهيَ دَيْنٌ عليه يُؤَدِّيها مِن كَسْبِه ما دامَ في الكِتَابَةِ، فإنْ عجزَ بِيعَ في ذلكَ»(١). إلى هنا لفظُ الكَرْخِيِّ ﷺ.

قولُه: (**قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى الْمُكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخ الْكِتَابَةُ**)، أي: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «**مختصرِه**»، وتمامُه فيه: «وقيلَ له: أَدِّ المالَ إلى ورثةِ المولى

(١) ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرماني [ق/١٨٨].

وَقِيلَ: لَهُ أَدَّ المَالَ إِلَى وَرَثَةِ المَوْلَى عَلَى نُجُومِهِ؛ لِأَنَّهُ اِسْتِحْقَاقُ الْحُرِّيَّةِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ وَالسَّبَبُ اِنْعَقَدَ كَذَلِكَ فَيَبْقَى بِهَذِهِ الصِّفَةِ وَلَا يَتَغَيَّرُ، ....

غاية البيان

على نجومِه»(١)، وذلكَ لأنَّ الكِتابَةَ سببُ استحقاقٍ، وسببُ حقِّ المرءِ حقُّه، فلا يَجُوزُ إبطالُ حقِّه [٤٠١/٦و/م]، فلا يَبْطُلُ بموتِ المولى كَالتَّدْبِيرِ والاِسْتِيلَادِ، فإذا لَمْ يَجُزْ إبطال حقِّه؛ أدّى البدلَ إلى الورثةِ على نجومِه، كما يُؤَدِّي في حالِ حياةِ المُورثِ؛ لأنَّ الحقَّ إذا وجَبَ بصفةٍ يَبْقَى على تلكَ الصفةِ، فيَخْلُفُه الورثةُ في الاستيفاءِ.

قالَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ ﷺ في «مختصرِه»: «ومَن ماتَ وله مُكَاتَبٌ؛ كانَتِ المُكَاتَبَةُ التي على المُكَاتَبِ مَوْروثةً عنْ مولاه، كما يُورَثُ عنه سائرُ أموالِه سواها، وكانَ ولاءُ المُكَاتَبِ إذا أدَّى المُكَاتَبَةَ لمولاه لَا لورثتِه»(٢). إلى هنا لفظُ الطَّحَاوِيِّ ﷺ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﷺ في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: «المُكَاتَبُ لَا يُورَثُ، وإنَّما يُورَثُ ما في ذِمَّتِه مِنَ الكِتابَةِ، فإذا أدَّى وعتَقَ؛ يَكُونُ الوَلَاءُ مِنَ الميتِ لَا مِنَ الورثةِ، حتى إنَّه يرثُه [٦٦١/٢ظ] الذكورُ مِن عَصَبةِ الميتِ دونَ الإناثِ.

ولوْ أعتقَه الوارثُ عَتَقَ، ويكونُ الوَلَاءُ منَ المولى، ويكونُ عِتْقُه إبراءً عنْ بدلِ الكِتَابَةِ، هذا إذا كانَ الوارثُ واحدًا، ولوْ كانَ اثنين أو أكثرَ، فأعتَقَه أحدُهما؛ لَمْ يَجُز، ولم يبرأْ؛ لأنَّه إذا كانَ واحدًا إنَّما يَعْتِق لَا لحقِّ المِلْكِ، ولكن لِمَا أنَّه يَبرَأُ ذِمَّته، ويجِبُ العتقُ بالإبراءِ، وهوَ يَمْلِكُ الإبراءَ، وفي ذلكَ الإبراءِ فائدةٌ، فلذلكَ عَتَقَ.

وأمَّا إذا كانا اثنينِ: فإعتاقُه لَا يُفيدُ؛ لأنَّه لَا يَعْتِقُ، وليسَ بصريحِ الإبراءِ حتى يَبْرَأَ عنْ حِصَّتِه، فلمْ يصحَّ، وليسَ كمُكاتَبٍ بينَ اثنينِ أعتقه أحدُهما: أنَّه

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].
(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٨٦].

إِلَّا أَنَّ الْوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ فِي الِاسْتِيفَاءِ.

فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ؛ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ

غاية البيان

يَعْتِقُ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الرَّقَبَةَ، بخلافِ الوارثِ، فإنه يَمْلِكُ دَيْنًا في ذِمَّتِه.

والدليلُ على أنَّ الرَّقَبَةَ لَا تَصِيرُ مَوْروثةً: أنَّ المولى لوْ زوَّجَ ابنته مِن مُكاتَبِه، ثُمَّ ماتَ؛ لمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ، ولوْ كانَ مَوْروثًا لوجَبَ أنْ يَفْسُدَ؛ لأنَّ أحدَ الزوجَيْنِ إذا ملَكَ صاحبَه أوْ شِقْصًا منه؛ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ، ولوْ أنَّه طَلَّقَها ثُمَّ أرادَ أنْ يتزوَّجها لا يَجُوزُ؛ لأنَّ لهُ حقَّ المِلْكِ، وحقُّ المِلْك يَمْنَعُ ابتداءَ النِّكَاحِ، ولا يُفْسِدُ نكاحًا قدْ صحَّ.

وهذا كما نَقُولُ في المقبوضِ بعقْدٍ فاسدٍ: إذا كانَتْ جاريةً فتزوَّجَها ابنُ البَائِعِ جازَ، ثُمَّ إذا ماتَ البائعُ؛ فلابنِ البَائِعِ حقُّ الاستردادِ، ولا يَفْسُدُ النِّكَاحُ حتى يَسْتَرِدَّ، ولوْ أرادَ ابتداءَ النِّكَاحِ بعدَ موتِ البَائِعِ؛ لَمْ يَجُزْ.

وكذلكَ لوْ كانَ لابنِ المولى دَيْنٌ على المُكَاتَبِ، فكفَلَ رَجُلٌ ثُمَّ ماتَ المولى؛ لم تَبْطُلِ الكَفَالَةُ، ولوْ لَمْ يَكُنْ كفَلَ في حالِ حياةِ المولى، وأرادَ أنْ يَكْفُلَ بعدَ الوفاةِ؛ لم يَصِحَّ[1]. كذا في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (إِلَّا أَنَّ الْوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ فِي الِاسْتِيفَاءِ)، استثناءٌ مِنْ قولِه: (وَلَا يَتَغَيَّرُ)، وكأنَّه قالَ هذا دفْعًا لتوهُّمِ السؤالِ بأنْ يُقالَ: كيفَ لَا يَتَغَيَّرُ سببُ الحُرِّيَّةِ، وهوَ الكِتَابَةُ، وقدْ كانَ حقُّ اسْتِيفَاءِ البدلِ للمولى، فالآنَ للورثةِ، وهُوَ [٦/٤٠١ظ/م] تغيَّرٌ؟

فقالَ في جوابِه: قيامُهم مقامَه في الاستيفاءِ لَا يُسمَّى تغيُّرًا في عقْدِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّها باقيةٌ كما كانَتْ، أَلَا ترى أنَّهم يخْلُفُونَه في سائرِ ديونٍ له، ولا يُسمَّى ذلكَ تغيُّرًا في الدَّيْنِ، فكذلكَ دَيْنُ الكِتَابَةِ.

قولُه: (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ؛ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﵀

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٥١].

الْمَكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمِلْكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الْوِرَاثَةِ.

فَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ مَالُ الكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُمْ وَقَدْ جَرَىٰ فِيهِ الْإِرْثُ، وَإِذَا بَرِئَ الْمَكَاتَبِ عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ

غاية البيان

في «مختصرِه»[1]، وذلكَ لأنَّ المُكَاتَبَ لَا يَجُوزُ تملُّكُه بسائرِ أسبابِ المِلْكِ، فكذا بالإرْثِ، فإذا لم يتملَّكُوه لم يَصحَّ إعتاقُ أحدِهم.

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»[2]: «وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يَنْفُذُ عِتْقُه[3]». وهذا الخلافُ فرْعٌ علىٰ أصْلٍ، وهوَ أنَّ المُكَاتَبَ لَا يَصحُّ أنْ يُمْلَكَ، ولا يَجُوزُ بَيْعُه، وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ ـ في أحدِ قولَيْه ـ: يَجُوزُ[4].

لنا: أنَّها كِتَابَةٌ واحدةٌ، فالإبراءُ عنْ بعضِ بدلِها لَا يُوجِبُ عَتْقَ شيءٍ، كما لوْ أبرأَ المُورِثُ حالَ حياتِه عنِ البعضِ؛ لأنَّ عِتْقَ المُكَاتَبِ مُعَلَّقٌ ببراءةِ ذِمَّتِه عنْ جميعِ البدلِ بأداءِ الجميعِ أوْ بالإبراءِ عنِ الجميعِ، ولم تُوجَدْ بَرَاءَةُ الذمَّة، فلَا يَصحُّ إعتاقُ أحدِهم.

قولُه: (وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ مَالُ الكِتَابَةِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصرِه»[5].

قالَ في «شرحِ الأقطعِ»: «وهذا استحسانٌ، والقياسُ: ألَّا يَنْفُذَ؛ لأنَّ العتقَ لَا

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٧].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٩/٤٢٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [٨/٤٤٣].

(٤) في صحة بيْع السيد رقبةَ المُكاتب في مذهب الشافعي: قولان، الأظهر الجديد: بُطلانه. ينظر: «الأم» للشافعي [٩/٤٠٩]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٤٦٢]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٢/٢٧١].

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١٨٠].

يُعْتَقُ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ الْمَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الْوَرَثَةِ لَا يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيبِهِ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إِبْرَاءً اقْتِضَاءً تَصْحِيحًا لِعِتْقِهِ. وَالْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ بِإِبْرَاءِ الْبَعْضِ أَوْ أَدَائِهِ فِي الْمَكَاتَبِ لَا فِي بَعْضِهِ وَلَا فِي كُلِّهِ، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِبْرَاءِ الْكُلِّ لَحِقِّ بَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ.

غاية البيان

يَصِحُّ إلَّا في المِلْكِ، وهم ما ملَكُوه»(١).

وَجْهُ الاستحسانِ: أنَّ إعتاقَهم جميعًا بقولِهم: هوَ حُرٌّ، يقْتَضِي إبراءَهم إيَّاهُ عن حقِّهم جميعًا، فيَثْبُتُ الإبراءُ بطريقِ الاقتضاءِ سابقًا؛ لأنَّ المكاتبَ لَا يَعْتِقُ إلَّا بالأداءِ أو بالإبراءِ، ولَمْ يُوجَدِ الأداءُ، فيُقَدَّمُ الإبراءُ سابقًا علىٰ كلَامِهم تصحيحًا؛ لتصرُّفِ العقلاءِ بقَدْرِ الإمكانِ، فكانَ قولُهم: «هو حُرٌّ» إقرارًا بالإبراءِ، فثَبتَ الإبراءُ، فعَتَقَ.

بخلافِ ما إذا أعتقَ أحدهم، حيثُ لَا يَعْتِقُ؛ لأنَّه لَا يُمْكِنُ إثباتُ عِتْقِه بطريقِ الإبراءِ عن حِصَّتِه؛ لأنَّ العتقَ مُعَلَّقٌ لسقوطِ جميعِ البدلِ، ولهذا إذا أبرأَ المُورِث عنْ بعضِ البدلِ دونَ البعضِ حالَ حياتِه؛ لَا يَعْتِقُ.

واللهُ ﷻ أَعلمُ بالصوابِ، وإليه المرْجعُ والمآبُ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/١٣٨].

فهرس الموضوعات